

VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE

En vurdering av straffeprosesslovens bestemmelser
i lys av FNs barnekonvensjonen

Kandidatnr: 107

Veileder: Ragnhild Hennum

Leveringsfrist: 15. januar 2004

H04

Til sammen 39 996 ord

15. januar 2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	OPPGAVENS TEMA	1
1.2	BAKGRUNNEN FOR VALGET AV TEMA	1
1.3	AVGRENSNINGER	2
1.3.1	BARNEKONVENSJONEN	2
1.3.2	STRAFFEPROSESSLOVEN	2
1.3.3	HVEM ER “MINDREÅRIGE”?	3
1.4	KORT OM BARNEKONVENSJONEN	4
1.5	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	7
<u>2</u>	<u>KORTFATTET OVERSIKT OVER RETTSKILDEBILDET</u>	<u>8</u>
2.1	I HVILKEN GRAD ER BARNEKONVENSJONEN EGNET TIL Å ANVENDES I NORSK RETT?	8
2.2	TOLKNING AV BARNEKONVENSJONEN	10
2.3	FORHOLDET MELLOM BARNEKONVENSJONEN OG STRAFFEPROSESSLOVEN	13
2.3.1	DET TRADISJONELLE UTGANGSPUNKTET	14
2.3.2	UTVIKLINGEN I DE SISTE 10 ÅRENE	15
2.3.3	SYNLIGGJØRING AV KONVENSJONEN	19
<u>3</u>	<u>OMFANGET AV VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE</u>	<u>22</u>
3.1	HVOR OFTE VARETEKTSFENGSELES MINDREÅRIGE?	22
3.2	HVILKE TYPER LOVBRUDD BLE DE MINDREÅRIGE VARETEKTSFENGSELET FOR?	24
<u>4</u>	<u>NÆRMERE OM ENKELTE AV BARNEKONVENSJONENS BESTEMMELSER</u>	<u>26</u>
4.1	HENSYNET TIL BARNETS BESTE, BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 3 (1)	26
4.1.1	NÅR KOMMER PRINSIPPET TIL ANVENDELSE?	27
4.1.2	HVILKEN RETTSKILDEMESSIG VERDI HAR PRINSIPPET?	28
4.1.2.1	Spørsmålet om egnethet	28

4.1.2.2	Hvilken vekt har prinsippet?	29
4.1.3	HVA ER ”BARNETS BESTE”?	31
4.1.4	HVEM SKAL AVGJØRE HVA SOM ER ”BARNETS BESTE”?	37
4.2	FORBUDET MOT TORTUR ELLER ANNEN GRUSOM, UMENNESKELIG ELLER NEDVERDIGENDE BEHANDLING, BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 37 (A)	38
<u>5</u>	<u>VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE</u>	<u>45</u>
5.1	GENERELT OM VARETEKTSFENGSLING	45
5.2	FORMÅLET BAK VARETEKTSFENGSLING	46
5.2.1	ANERKJENTE FORMÅL	47
5.2.2	IKKE ANERKJENTE FORMÅL	48
5.2.3	HENSYN SOM TALER MOT VARETEKTSFENGSLING	50
5.3	DE MATERIELLE VILKÅR FOR VARETEKTSFENGSLING	51
5.3.1	DE ULIKE FENGSLINGSGRUNNLAG	51
5.3.1.1	Varetektsfengsling etter strpl. § 171	52
5.3.1.2	Varetektsfengsling etter strpl. § 172	60
5.3.1.3	Varetektsfengsling etter strpl. § 173 (2)	62
5.3.2	FORHOLDSMESSIGHETSPRINSIPPET I STRPL. § 170A	62
5.3.3	DET SÆRSKILTE VILKÅRET FOR VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE	65
5.3.4	ALTERNATIVE TILTAK TIL VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE - VARETEKTSSURROGATER	67
5.3.4.1	Alternative tiltak til varetektsfengsling i straffeprosessloven	67
5.3.4.2	Alternative tiltak til varetektsfengsling i barnevernloven	69
5.4	HVA INNEBÆRER DET Å VÆRE VARETEKTSFENGSLING?	73
5.4.1	DEN RETTSLIGE REGULERINGEN AV VARETEKTSOPPHOLDET.	73
5.4.2	OPPLEVELSEN AV Å VÆRE VARETEKTSFENGSLING	74
5.5	KRITIKKEN AV VARETEKTSFENGSLING I NORGE	77
5.5.1	KORT OM DEBATTEN I NORGE	77
5.5.2	KRITIKKEN FRA INTERNASJONALE ORGANER	79
<u>6</u>	<u>NÆRMERE OM VARETEKTSFENGSLING OG BARNEKONVENSJONEN</u>	<u>82</u>
6.1	INNFØRER BARNEKONVENSJONEN ET ABSOLUTT FORBUD MOT VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE?	82
6.2	HVILKE BEGRENSNINGER PÅ BRUKEN AV VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE FØLGER AV BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 37 (B)	83

6.2.1	BRUK AV VARETEKTSFENGSLING SOM "SISTE UTVEI".	84
6.2.1.1	Hva ligger i "siste utvei"?	85
6.2.1.2	Alternative tiltak	86
6.2.1.3	Har man tilstrekkelige alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårige etter straffeprosessloven og barnevernlovens bestemmelser?	91
6.2.1.4	Lovbruddets grovhet	92
6.2.1.5	Er vurderingen av lovbruddets grovhet i straffeprosessloven tilstrekkelig?	93
6.2.2	BRUK AV VARETEKTSFENGSLING "FOR ET KORTTEST MULIG TIDSROM"	94
6.2.2.1	Hva er varetektsfengsling "for et kortest mulig tidsrom"?	94
6.2.2.2	Er fristreglene i straffeprosessloven i samsvar med barnekonvensjonen?	97
6.3	HVILKE BEGRENSNINGER PÅ BRUKEN AV VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE FØLGER AV BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 37 (C)	98
6.4	KAN HENSYNET TIL BARNETS BESTE PÅ SELVSTENDIG GRUNNLAG BEGRUNNE VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE? BARNEKONVENSJONEN ART. 3 (1)	100
6.5	ER VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE TORTUR, GRUSOM, UMENNESKELIG ELLER NEDVERDIGENDE BEHANDLING? BARNEKONVENSJONEN ART. 37 (A)	103
6.5.1	VARETEKTSFENGSLING FOR Å OPPNÅ TILSTÅELSE ELLER FORKLARING FRA SIKTEDE	104
6.5.2	VARETEKTSFENGSLING FOR Å GI SIKTEDE EN "LÆREPENGE"	105
6.5.3	DEN FENGSELEDE HAR SPRÅKPROBLEMER	106
<u>7</u>	<u>BRUK AV RESTRIKSJONER MOT MINDREÅRIGE I VARETEKT</u>	<u>108</u>
7.1	GENERELT OM BRUK AV RESTRIKSJONER VED VARETEKTSFENGSLING	108
7.2	FORMÅLET BAK BRUK AV RESTRIKSJONER	109
7.3	VILKÅR FOR Å BRUKE RESTRIKSJONER MOT MINDREÅRIGE	109
7.3.1	BREV- OG BESØKSKONTROLL, STRPL. § 186 (2) 1. PUNKTUM	110
7.3.2	BREV- OG BESØKSFORBUD, STRPL. § 186 (2) 1. PUNKTUM	110
7.3.3	DELVIS ISOLASJON, STRPL. § 186 (2) 3. PUNKTUM	111
7.3.4	FULLSTENDIG ISOLASJON, STRPL. § 186A	112
7.3.5	FORHOLDSMESSIGHETSPRINSIPPET, STRPL. § 170A	113
7.4	VIRKNINGER AV BRUK AV RESTRIKSJONER, SÆRLIG BRUK AV ISOLASJON	114
7.4.1	GENERELT	115
7.4.2	MINDREÅRIGE SÆRSKILT	116
7.5	KRITIKKEN AV BRUK AV RESTRIKSJONER MOT VARETEKTSFENGSELEDE	116
<u>8</u>	<u>NÆRMERE OM BRUK AV RESTRIKSJONER OG BARNEKONVENSJONEN</u>	<u>118</u>

8.1	HVILKE BEGRENSNINGER PÅ BRUKEN AV VARETEKTSFENGSLING AV MINDREÅRIGE FØLGER AV BARNEKONVENSJONEN ARTIKKEL 37 (C)?	118
8.2	ER BRUKEN AV RESTRIKSJONER MOT MINDREÅRIGE TORTUR, GRUSOM, UMENNESKELIG ELLER NEDVERDIGENDE BEHANDLING? BK ART 37 (A)	121
9	<u>AVSLUTNING</u>	<u>124</u>
	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>127</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Jeg vil i denne oppgaven se på hvilken betydning barnekonvensjonen¹ har i forhold til norsk straffeprosess. Jeg vil belyse denne betydningen ved å se på hvorvidt de norske rettsregler om varetektsfengsling, herunder bruk av restriksjoner², oppfyller de krav barnekonvensjonens art. 37 stiller til frihetsberøvelse av mindreårige. I denne sammenheng vil jeg også se hvordan hensynet til barnets beste, jfr. art. 3 (1), blir ivaretatt i straffeprosessen; ved varetektsfengsling av mindreårige og bruk av restriksjoner mot mindreårige.

Oppgavens første hovedproblemstilling blir etter dette hvorvidt vi kan varetektsfengsle mindreårige, og eventuelt når og under hvilke forhold slik varetektsfengsling kan skje. Oppgavens andre hovedproblemstilling blir videre hvorvidt vi kan benytte restriksjoner mot mindreårige i varetekt, og eventuelt i hvilke tilfeller man kan benytte de ulike typer restriksjoner mot mindreårige i varetekt.

I tillegg vil jeg, som en delproblemstilling, se på hvilken betydning inkorporeringen av barnekonvensjonen har hatt på straffeprosessens område, både rettslig og faktisk.

1.2 Bakgrunnen for valget av tema

Utgangspunktet for valget av tema var et ønske om å skrive om et tema innenfor straffeprosessen. Straffeprosessen har i de siste årene, i likhet med mange andre områder i norsk rett, i økende grad blitt preget av endringer som følge av økt fokus på menneskerettigheter, både i rettslivet og i samfunnet ellers. Denne utviklingen i straffeprosessen åpner for mange nye problemstillinger. Et viktig bidrag til denne

¹ FNs konvensjon om barnets rettigheter (BK).

² Bruk av brev- og besøkskontroll, -forbud og delvis eller fullstendig isolasjon. Mer om dette i kapittel 7.

utviklingen synes å være inkorporeringen av flere menneskerettskonvensjoner i menneskerettsloven (mrl.).³ Av de konvensjonene som ble inkorporert i menneskerettsloven er det helt klart Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) som i størst grad har preget straffeprosessen. Dette har gjort at EMK, av gode grunner, har vært et hovedtema når man behandler menneskerettsspørsmål i straffeprosessen. I skyggen av EMK finnes like fullt flere menneskerettskonvensjoner som har betydning for norsk straffeprosess og her oppstår problemstillinger som ikke i samme grad er blitt behandlet i norsk litteratur eller praksis. Den nylige inkorporeringen av barnekonvensjonen i menneskerettsloven har økt fokuset på barns rettigheter og valget av tema kan derfor ses i sammenheng med denne inkorporeringen.

1.3 Avgrensninger

1.3.1 Barnekonvensjonen

Jeg vil i oppgaven holde det norske regelsettet for varetektsfengsling i straffeprosessloven opp mot barnekonvensjonens art. 37 og art. 3 (1) for å se hvorvidt straffeprosesslovens regler samsvarer med de krav barnekonvensjonen stiller. Det er imidlertid ikke alle deler av konvensjonens art. 37 som kommer til anvendelse. Art. 37(d) - om rett til juridisk bistand og rett til prøvelse av frihetsberøvelsen – berører ikke oppgavens hovedproblemstillinger; kan mindreårige varetektsfengsles og kan det brukes restriksjoner mot mindreårige i varetekt? Art. 37 (d) faller dermed i sin helhet utenfor oppgaven. Likedan faller 2. punktum i art. 37 (a); om forbud mot dødsstraff og livsvarig fengsel, utenfor oppgavens tema.⁴ Jeg vil etter dette altså behandle barnekonvensjonen art. 37 (a) 1. punktum; (b) og (c) samt art. 3 (1) i oppgaven.

1.3.2 Straffeprosessloven

Videre vil oppgaven kun omhandle frihetsberøvelse i form av varetektsfengsling etter straffeprosesslovens bestemmelser. Det er flere andre former for frihetsberøvelse enn

³ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30.

⁴ Dette er heller ikke et aktuelt tema, idet norsk lovgivning klart oppfyller denne bestemmelsen i barnekonvensjonen.

varetektsfengsling som det kunne vært aktuelt å se nærmere på i forhold til barnekonvensjonen, men jeg har funnet at denne avgrensningen er den mest hensiktsmessige med tanke på oppgavens omfang. Denne avgrensningen samsvarer også best med mitt ønske om å skrive en straffeprosessuell oppgave. Dette gjør altså at annen frihetsberøvelse ikke vil bli behandlet i denne oppgaven, slik som for eksempel varetektsfengsling i medhold av utlendingsloven.⁵ Frihetsberøvelse i medhold av barnevernloven⁶ vil likevel til en viss grad bli behandlet, idet slik frihetsberøvelse kan benyttes som alternativ til varetektsfengsling. Videre vil frihetsberøvelse i form av ubetinget fengsel for mindreårige ikke bli behandlet i denne oppgaven.⁷ Heller ikke pågripelse av mindreårige vil bli behandlet. Jeg antar likevel at oppgaven vil ha en viss interesse også på disse områder idet de vurderinger som foretas til dels må kunne gis gyldighet også i spørsmål som omhandler disse tema.

1.3.3 Hvem er “mindreårige”?

I følge barnekonvensjonen art. 1 defineres barn som *”ethvert menneske under 18 år, hvis ikke barnet blir myndig tidligere etter den lovgivning som gjelder for barnet”*. Denne aldersgrensen samsvarer med myndighetsalderen i Norge som også er 18 år.⁸

Det følger av straffeloven⁹ (strl.) § 46 at *”ingen [...] straffes for handling foretatt før det fylte 15 år”*. Påtalemyndigheten kan likevel etterforske saker hvor mistenkte er under 15 år, jfr. straffeprosessloven¹⁰ (strpl.) § 224. Imidlertid vil mindreårige under 15 år ikke kunne tiltales for et mulig begått brudd på straffeloven, og kan dermed heller ikke varetektsfengsles.¹¹ Det vil si at det i denne oppgaven vil være mindreårige i

⁵ Se lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 24. juni 1988 nr. 64 § 37 (7).

⁶ Lov om barneverntjenester av 17. juli 1992 nr. 100.

⁷ Dette er et strafferettslig spørsmål: spørsmålet om straffeutmåling.

⁸ Se lov om vergemål for umyndige av 22. april 1927 nr. 3 § 1(2).

⁹ Almindelig borgelig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10.

¹⁰ Lov om rettergangsmåten i straffesaker av 22. mai 1981 nr. 25.

¹¹ Jeg vil komme nærmere inn på dette i pkt. 5.3.1.1.

aldersgruppen fra fylte 15 år til fylte 18 år jeg refererer til når jeg bruker betegnelsen ”mindreårige”.¹²

1.4 Kort om barnekonvensjonen

I 1924 vedtok Folkeforbundet en erklæring om menneskerettigheter for barn.¹³ Dette var den første menneskerettighetserklæringen som ble vedtatt av en interstatlig organisasjon.¹⁴ Erklæringen fastslo fem hovedprinsipper om beskyttelse av barn og barns velferd.¹⁵ I 1948 vedtok FN verdenserklæring om menneskerettigheter.¹⁶ FN ønsket etter hvert også å gi en rettighetserklæring for barn og en slik erklæring ble vedtatt i 1959, der ti viktige prinsipper for barns rettigheter ble slått fast. Som verdenserklæringen var imidlertid heller ikke denne erklæringen rettslig forpliktende for partene.¹⁷ I 1979 markerte man det internasjonale barneåret og det ble tatt initiativ til å få utarbeidet en forpliktende konvensjon for barns rettigheter.¹⁸ FN nedsatte en arbeidsgruppe for å utrede saken og ti år senere, i 1989, ble FNs konvensjon om barns rettigheter vedtatt av FNs hovedforsamling. Etter at 20 land hadde ratifisert konvensjonen trådte den i kraft 2. september 1990¹⁹, jfr. art 49. Norge ratifiserte konvensjonen den 8. januar 1991.²⁰

I dag er barnekonvensjonen den konvensjonen som har størst oppslutning i verden, 192 land har ratifisert barnekonvensjonen. Barnekonvensjonen inneholder både sivile og politiske samt økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Disse rettighetene finnes også i FNs alminnelige menneskerettskonvensjoner.²¹ Ved at rettighetene er tatt inn i

¹² Tidvis benytter jeg også betegnelsen ”barn”, det er da den samme gruppen jeg snakker om.

¹³ Declaration of the Rights of the Child.

¹⁴ Se van Bueren (1994) s. 6.

¹⁵ Se SOU 1997:116, s. 53.

¹⁶ Se Høstmælingen (2003) s. 30.

¹⁷ Se SOU 1997:116 s. 53.

¹⁸ Se Sandberg (2004), s. 316.

¹⁹ Se <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/crc.htm>.

²⁰ Se <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/status-crc.htm>.

²¹ Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) av 1966 og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) av 1966.

barnekonvensjonen tydeliggjøres det at de også gjelder for barn. Konvensjonen har i tillegg regler som ivaretar barns særlige behov.²² Den store oppslutningen om konvensjonen har gitt seg utslag i dens utforming. For å oppnå enighet har man noen steder inngått kompromisser som gjør at enkelte bestemmelser kan synes vage og vanskelig å utlede konkrete rettigheter fra. Konvensjonen inneholder imidlertid også en del bestemmelser med et klart rettighetspreg.

Det daværende Familie- og forbrukerdepartementet (FAD) hadde hovedansvaret for forberedelsen av ratifikasjonssaken i Norge. På bakgrunn av høringsuttalelser kom FAD til at Norge måtte reservere seg på to punkter for å kunne ratifisere konvensjonen. Det ene punktet gjaldt bestemmelsen i barnekonvensjonen art. 37 (c) som sier at *”ethvert barn som er berøvet sin frihet, [skal] holdes atskilt fra voksne, med mindre det motsatte anses å være det beste for barnet”*. Da saken kom til Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité frafalt denne i sin innstilling til Stortinget FADs forslag på dette punktet. Komiteen kom til at Norge ikke behøvde å foreta en slik reservasjon. Begrunnelsen for dette var at komiteen anså plasseringen av barn og voksne i felleskap under frihetsberøvelse for å være i samsvar med hensynet til barnets beste.²³ På bakgrunn av dette reserverte Norge seg ikke mot barnekonvensjonen art. 37 (c) da konvensjonen ble ratifisert. Den annen bestemmelsen FAD kom til at Norge måtte reservere seg fra var konvensjonens art. 40 (2)(b)(v), som krever at det må være adgang til å få en straffesak behandlet i to instanser. Norge ratifiserte med denne reservasjonen. Etter to-instans-reformen ble imidlertid denne reservasjonen trukket.²⁴

Barnekonvensjonen ble bindende for Norge fra det tidspunktet den ble ratifisert, på linje med våre andre folkerettslige forpliktelser.

²² Innst.O. nr 92 (2002-2003), s. 1.

²³ Se NOU 1993:18 s. 51

²⁴ Se lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (to-instansbehandling, anke og juryordning) av 11. juni 1993 nr. 80.

Barnekonvensjonen ble i utgangspunktet foreslått inkorporert ved menneskerettsloven av flertallet i justiskomiteen.²⁵ Mrl. § 2 lister opp de inkorporerte menneskerettskonvensjonene. Flertallet i Stortinget foreslo imidlertid å ikke føye barnekonvensjonen til denne listen i lovforslaget, men ba Regjeringen komme tilbake med forslag om dette.²⁶

Våren 1999 ble det nedsatt en arbeidsgruppe som skulle vurdere hvordan barnekonvensjonen best kunne innarbeides i norsk lov. På bakgrunn av arbeidet til arbeidsgruppen ble det utarbeidet et høringsnotat som Justis- og politidepartementet sendte på høring i februar 2001.²⁷ Justis- og politidepartementet utarbeidet en odelstingsproposisjon²⁸ og justiskomiteen avga deretter sin innstilling til Odelstinget.²⁹ Ved vedtakelsen av endringsloven til menneskerettsloven³⁰ ble barnekonvensjonen inkorporert i norsk rett ved at barnekonvensjonen samt de to tilhørende protokoller³¹ ble inntatt i mrl. § 2 nr. 4. Lovendringen trådte i kraft 1. oktober 2003. I realiteten er konvensjonen gjennom mrl. § 3 gitt en trinnhøyde mellom formell lov og Grunnloven: *”Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.”*

I tillegg til inkorporeringen ble det i endringsloven foretatt noen konkrete lovendringer på bakgrunn av ønsket om å synliggjøre konvensjonen bedre i norsk lovgivning. Det ble i denne forbindelse ikke foretatt noen endringer i straffeprosessloven.

²⁵ Se Innst.O, nr 51 (1998-1999), s 5.

²⁶ Se Innst.O. nr. 92 (2002-2003), s. 1.

²⁷ L.c.

²⁸ Se Ot.prp. nr 45 (2002-2003).

²⁹ Se Innst.O. nr 92 (2002-2003).

³⁰ Lov om endringer i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov) av 1. august 2003 nr. 86.

³¹ Valgfri protokoll 25. mai 2000 om salg av barn, barneprostitusjon og barnepornografi og Valgfri protokoll 25. mai 2000 om barn i væpnet konflikt.

1.5 Den videre fremstillingen

I den videre fremstillingen vil jeg først i kapittel 2 gi en kortfattet oversikt over hvordan rettskildebildet fremstår i tilknytning til de hovedproblemstillingene jeg skal drøfte i oppgaven. I dette kapitlet vil jeg også gjøre rede for spørsmålet om hvilken betydning inkorporeringen av barnekonvensjonen har i norsk straffeprosess.

I kapittel 3 ser jeg nærmere på forekomsten av varetektsfengslinger av mindreårige. Hvor ofte varetektsfengsles mindreårige og hvilke lovbrudd blir de varetektsfengslet for?

Enkelte av barnekonvensjonens bestemmelser er aktuelle å drøfte under begge av denne oppgavens hovedproblemstillinger; både i tilknytning til spørsmålet om varetektsfengsling av mindreårige og til spørsmålet om bruk av restriksjoner mot mindreårige. Jeg vil derfor i kapittel 4 gjøre rede for enkelte generelle problemstillinger som reiser seg i tilknytning til disse bestemmelsene (barnekonvensjonen art. 3 og 37 (a)).

I kapittel 5 og 6 vil jeg så drøfte spørsmålet om bruk av varetektsfengsling av mindreårige. I kapittel 5 behandler jeg en del generelle, grunnleggende sider ved bruken av varetektsfengsling i norsk straffeprosess, mens jeg i kapittel 6 ser på hvorvidt barnekonvensjonen oppstiller ytterligere vilkår for varetektsfengsling av mindreårig enn hva som følger av tradisjonell norsk straffeprosess.

I kapittel 7 og 8 drøfter jeg så spørsmålet om bruk av restriksjoner mot mindreårige som er varetektsfengslet. Først behandler jeg i kapittel 7 de generelle og grunnleggende sidene ved bruken av slike restriksjoner, før jeg i kapittel 8 ser på hvorvidt barnekonvensjonen oppstiller ytterligere vilkår for bruken av restriksjoner mot mindreårige.

Til sist vil jeg i kapittel 9 knytte tråder og summere opp funnene i oppgaven.

2 Kortfattet oversikt over rettskildebildet

Oppgaven reiser spørsmål om barnekonvensjonens stilling i norsk rett; dette skaper rettskildemessige problemer både i forhold til hvordan barnekonvensjonen er gjennomført i norsk rett og i forhold til at man til dels opererer med ulik metode i norsk og internasjonal rett.

Jeg vil her først i pkt. 2.1 se på spørsmålet om konvensjonens egnethet til å anvendes i norsk rett. I pkt. 2.2 vil jeg se på hvilken metode som må benyttes når man skal anvende barnekonvensjonen i norsk rett, før jeg i pkt. 2.3 vil se på forholdet mellom barnekonvensjonen og norsk rett: hvilken betydning har inkorporeringen av barnekonvensjonen i straffeprosessen?

2.1 I hvilken grad er barnekonvensjonen egnet til å anvendes i norsk rett?

Selv om flere internasjonale konvensjoner er inkorporert i norsk rett, er det ikke alle som i like stor grad egner seg til å anvendes i et nasjonalt rettssystem. Dette skyldes blant annet at en del konvensjoner til dels kan være vagt utformet, dette for å imøtekomme ulike krav fra ulike konvensjonsstater.

Høyesterett kommer i KRL-fag-saken³² med noen generelle synspunkter på forholdet mellom de inkorporerte menneskerettighetskonvensjonene og annen norsk rett. Der påpekes det at det ved den internrettslige anvendelsen av slike konvensjoner må tas stilling til *”om den aktuelle bestemmelse tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, eller om den uttrykker et formål eller pålegger medlemsstatene å nå et bestemt formål eller minimumsstandard”*. Videre uttales det: *”Direkte anvendelse forutsetter at bestemmelsen er utformet slik at den er egnet til å bli umiddelbart anvendt av de nasjonale myndigheter. Konvensjonens bestemmelser må kunne konkretiseres til*

³² Se Rt. 2001 s. 1006.

rettigheter og plikter. ... Selv om konvensjonsbestemmelser om mer tradisjonelle menneskerettigheter gjennomgående tar sikte på å gi den enkelte rettigheter, kan spørsmålet om umiddelbar anvendelse eksempelvis oppstå for visse bestemmelser i ØSK.”

Dette må gjelde tilsvarende for barnekonvensjonens bestemmelser. Som nevnt inneholder konvensjonen både sivile og politiske og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. I forarbeidene til menneskerettsloven³³ vurderes barnekonvensjonens egnethet slik: ”De fleste av konvensjonens materielle bestemmelser er formulert som i plikter for staten til å treffe tiltak, ikke som individuelle rettigheter, men de munner gjerne ut i at formålet er å sikre individuelle rettigheter. ... Konvensjonenes innhold er blandet. Den inneholder dels relativt presise regler, dels vagere bestemmelser som i noen grad inneholder målsettinger.” Det må derfor vurderes for hver enkelt bestemmelse om den tar sikte på å gi den enkelte rettigheter for at den skal kunne anvendes og dermed gå foran annen norsk rett.

På straffeprosessens område er de aktuelle bestemmelsene i barnekonvensjonen i første rekke konvensjonens artikkel 37 og 40 som omhandler mindreårige som siktet og tiltalt i straffesaker, samt enkelte artikler i den valgfrie protokollen om salg av barn, barneprostituasjon og barnepornografi, som omhandler mindreårige som fornærmet i straffesaker. De nevnte bestemmelsene tilhører det vi kan kalle konvensjonens ”sivile og politiske rettigheter” og utmerker seg ved at de er blant de bestemmelsene i konvensjonen som klarest gir den enkelte rettigheter. Barnekonvensjonen er på mange områder vagt utformet, men disse bestemmelsene kan konkretiseres til rettigheter, og plikter og er på den måten egnet til umiddelbar anvendelse av domstolene. Dette tilsier at barnekonvensjonen er godt egnet til å anvendes i straffeprosessen.

I tillegg er barnekonvensjonen artikkel 3 om barnets beste aktuell også i straffeprosessen. Denne bestemmelsen er vagere utformet enn de nevnte bestemmelsene. Jeg vil derfor i pkt. 4.1.2.1 se nærmere på hvorvidt artikkel 3 er egnet til å anvendes i straffeprosessen.

³³ Se NOU 1993:18 s. 135.

2.2 Tolkning av barnekonvensjonen

Som nevnt ovenfor benytter man til dels ulik metode for tolking av rettsakter i norsk og internasjonal rett. Når menneskerettighetskonvensjonene skal tolkes i internasjonal rett er utgangspunktet Wien-konvensjonen art. 31-33.³⁴ Denne metoden skiller seg noe fra den metode som benyttes i norsk rett. Høstmølingen sier det slik: "Intern rett og folkerett har mange ulikheter, mye som følge av partsforholdet og "lovgivningsorganets" myndighet. Tolkning av traktater er dermed en ganske annen øvelse enn tolkning av lover. Det kommer til uttrykk for eksempel ved at man i traktattolkning legger enda mye større vekt på ordlyden enn det man gjør ved lovtolkning".³⁵ Det kan videre nevnes at forarbeidene til en traktat kun er subsidiære rettskilder, se Wien-konvensjonen art. 32, og at folkerettslig teori spiller en viktig rolle i tolkningen av traktater.³⁶

Samtidig er barnekonvensjonen nå norsk lov, og det er dermed i større grad naturlig å legge den norske metoden til grunn for tolkningen av konvensjonen. Jeg vil på bakgrunn av dette se nærmere på spørsmålet om hvilken metode som skal legges til grunn for tolkningen av barnekonvensjonen i norsk rett.

I norsk rett har Høyesterett ikke kommet med konkrete uttalelser om hvordan barnekonvensjonen må tolkes, selv om barnekonvensjonen flere ganger er påberopt og tatt stilling til av Høyesterett. Det er derfor aktuelt å se på hvordan Høyesterett har tolket andre konvensjoner, spesielt andre menneskerettskonvensjoner. Her skiller EMK seg ut ved at det antakelig er den konvensjonen som hyppigst har blitt påberopt for norske domstoler. Vi ser likevel at barnekonvensjonens stilling skiller seg fra EMKs stilling i norsk rett. Høyesterett har flere ganger gitt uttrykk for at den vil anvende EMDs metode ved tolkningen av EMK.³⁷ I forhold til barnekonvensjonen har man

³⁴ For en nærmere oversikt over tolkingen av folkerettslige forpliktelser, se Ruud og Ulfstein (2002) s. 69-75.

³⁵ Se Høstmølingen (2001) s. 336.

³⁶ Se Ruud, Ulfstein, Fauchald (1997) s. 33.

³⁷ Se Rt. 2000 s. 996 og Rt. 2002 s. 557.

imidlertid ikke et tilsvarende organ som EMD til å tolke konvensjonen. FNs barnekomité³⁸ anvender barnekonvensjonen i sine sluttrapporter, eller ”concluding observations”. Komiteen har i tillegg til sluttrapportene til de enkelte statene enkelte ganger kommet med generelle uttalelser i forhold til barnekonvensjonen. Komiteen ligger imidlertid langt tilbake for EMD som system for effektiv gjennomføring av konvensjonsbaserte rettigheter.³⁹ Dette gjør at vi ikke i samme grad kan anvende den metoden som Høyesterett legger til grunn ved tolkingen av EMK når vi her skal tolke barnekonvensjonen, selv om vi selvfølgelig også må legge Barnekomiteens anvendelse av barnekonvensjonen til grunn i norsk rett.

I tillegg har FNs Generalforsamling vedtatt flere resolusjoner som er av betydning for tolkingen av barnekonvensjonen. Disse resolusjonene er såkalt soft-law⁴⁰ og er dermed ikke bindende for Norge. Likevel kan disse resolusjonene ha betydning for tolkningen av barnekonvensjonen. Selv om resolusjonene i utgangspunktet har liten egenvekt vil deres relative vekt naturlig nok øke på områder der det finnes få andre rettskilder. Dette følger av alminnelig rettskildelære. Videre gir resolusjonene ofte uttrykk for minimumsstandarter fastsatt av FN, og jeg vil i det følgende forutsette at Norge ikke ønsker å legge seg på et nivå som ligger under de minimumsstandarter som eksisterer, men derimot ønsker å være i front i forhold til barns rettigheter, også på prosessens område.

³⁸ FNs Barnekomité er opprettet i medhold av barnekonvensjonen art. 43 og behandler kun statsrapporter. Komiteen foretar som hovedregel ikke undersøkelser på egenhånd, se art. 44. Komiteen behandler heller ikke klager, verken på stats- eller individnivå. Konvensjonsstatene plikter å rapportere til Barnekomiteen første gang innen to år etter at konvensjonen trådte i kraft for vedkommende part, og deretter hvert femte år, se art. 44 (1). Norge avga sin tredje rapport i 2003. Behandlingen er berammet til mai 2005, se <http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/doc/future.htm>.

³⁹ Forskjellene i instrumenter for gjennomføring av de to konvensjonene må imidlertid også ses i lys av at barnekonvensjonen dekker et større konvensjonsområde enn EMK, med helt andre forskjeller i kultur, religion, økonomi osv.

⁴⁰ Soft-law er resolusjoner og andre vedtak fra internasjonale organisasjoner og konferanser som ikke er juridisk bindende, men som gir uttrykk for en politisk eller moralsk forpliktelse som statene har påtatt seg. Les mer om soft-law blant annet i Ruud, Ulfstein og Fauchald (1997), s. 39-42.

Enkelte av resolusjonene er inntatt i fortalen til Barnekonvensjonen. I denne sammenhengen er De forente nasjoners standard minimumsregler for rettspleie angående mindreårige⁴¹ særlig interessant. Selv om fortaler til konvensjoner normalt har liten egenvekt, vil det at Beijing-reglene er påpekt i barnekonvensjonens fortale bygge opp under resolusjonens egenvekt. I tillegg kommer det at Barnekomiteen i flere av sine uttalelser henviser til Beijing-reglene og ber statene oppfylle disse minimumsstandardene. Dette tilsier at denne resolusjonen har verdi som tolkingsmoment.⁴²

Metoden for tolking av barnekonvensjonen skiller seg, som nevnt, en del fra metoden for tolking av EMK. Det dynamiske tolkingsprinsipp⁴³ som benyttes for tolkingen av EMK, gir et bedre fundament for utviklingen av menneskerettighetene, noe en til dels savner for barnekonvensjonens del. EMK kan likevel "komme inn bakdøra" i spørsmålene om tolking og utvikling av barnekonvensjonen, noe jeg vil komme nærmere inn på i det følgende.

Idet EMK gjelder som norsk rett på linje med barnekonvensjonen, jfr. mrl. §§ 2 og 3, må vi i norsk rett se hen til praksis fra EMD.⁴⁴ Selv om EMK i utgangspunktet ikke inneholder konkrete rettigheter for barn, benytter EMD i enkelte tilfeller barnekonvensjonen i sin tolkning av EMK; Det kan synes som den økende bevisstheten om barns rettigheter har satt sitt preg på hvordan saker som involverer barns interesser

⁴¹ Vedtatt 29. november 1985. Heretter kalt Beijing-reglene. Se http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp48.htm.

⁴² I tillegg til Beijing-reglene er United Nations Rules for the Protection of Juveniles Deprived of the Liberty, se http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp37.htm, og United Nations Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency, se http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp47.htm, blant de viktigste resolusjonene her.

⁴³ Les mer om prinsippet om en dynamisk tolkningsstil i Møse (2002), s. 101-102.

⁴⁴ Jeg vil i denne oppgaven for enkelthets skyld kalle både den tidligere Menneskerettighetskommisjon og den nåværende Menneskerettighetsdomstolen EMD. For en nærmere gjennomgang av tilsynssystemet for EMK, se Møse (2002), s. 108 flg.

er blitt fremstilt og avgjort av EMD.⁴⁵ Dette har gjort at det er et stadig økende antall saker der det refereres til barnekonvensjonen i EMD.⁴⁶

I internasjonal barnerettslitteratur er det påpekt at man bør prøve å finne alternative metoder for å gjennomføre barnekonvensjonens regler. Bakgrunnen for dette må etter mitt syn være at systemet i barnekonvensjonen, med kun statsrapportering som kontroll på at konvensjonen gjennomføres, i liten grad åpner for en utvikling av barns rettigheter. Det er i denne forbindelse vist til at man i EMK har utviklet et svært suksessfullt system for individklager som gjelder for hele Europa. Ved å benytte de spesialiserte rettighetene for barn i barnekonvensjonen for å tolke EMK, vil man sammen med dette systemet ha mulighet til å maksimere potensialet i begge konvensjonene for å beskytte og fremheve barns rettigheter i Europa.⁴⁷ EMDs dynamiske tolkning av EMK vil dermed kunne åpne for en utvikling av barns rettigheter i Europa. Et slikt økt fokus på barns rettigheter og barnekonvensjonen i EMD vil videre kunne fremme en dialog mellom EMD og nasjonale domstoler, slik vi har sett når det gjelder EMK.⁴⁸

2.3 Forholdet mellom barnekonvensjonen og straffeprosessloven

For å forstå hvilken betydning inkorporeringen av barnekonvensjonen har hatt i forhold til de straffeprosessuelle regler generelt, og reglene om varetektsfengsling spesielt, vil jeg her se nærmere på hvordan forholdet mellom barnekonvensjonen og straffeprosessloven var før inkorporeringen av konvensjonen. Er den rettslige betydningen av barnekonvensjonen endret? I tillegg vil jeg også se på om den faktiske betydningen av barnekonvensjonen er endret.

⁴⁵ Se Smith (2003), s. 744.

⁴⁶ Se Kilkelly (2000), s. 88.

⁴⁷ L.c.

⁴⁸ Se Smith (2003), s. 744.

2.3.1 Det tradisjonelle utgangspunktet

Norsk rett har tradisjonelt fulgt et system som har tatt utgangspunkt i det dualistiske prinsipp. Det vil si at det i prinsippet kreves en særskilt gjennomføringsakt for at en internasjonal avtale skal anses som norsk rett. I de tilfellene Norge har inngått en internasjonal avtale uten at den ved lov eller ved vedtak med hjemmel i norsk lov er blitt inkorporert eller transformert til norsk rett, vil avtalen kun være bindende for staten. En slik avtale kan ikke håndheves av norske domstoler. Presumsjonsprinsippet modifierer imidlertid det dualistiske prinsipp. Med grunnlag i dette prinsippet vil domstolene i mange tilfeller strekke seg langt for å tolke norske rettsregler slik at de ikke kommer i konflikt med folkeretten. Dette presumsjonsprinsippet gjaldt opprinnelig bare folkerettslig sedvanerett, men det synes nå akseptert at dette prinsippet også omfatter traktatretten.⁴⁹ I Rt. 2000 s. 1811 (Finangersaken) uttaler Høyesterett at prinsippets gjennomslagskraft avhenger av *”karakteren av de aktuelle folkerettslige forpliktelser og av hvilket rettsområde den rettsregel er knyttet til”*. I det myndighetene etter Grunnloven § 110c er forpliktet til å *”respektere og sikre Menneskerettighetene”* taler vektige grunner for at menneskerettighetene er av en slik karakter at prinsippet bør ha en sterk gjennomslagskraft. Ved å gi menneskerettighetene grunnlovs rang er det fra lovgivers side gitt uttrykk for våre folkerettslige forpliktelser på dette området anses som svært viktige i vårt rettssystem. Det er på grunnlag av dette også i juridisk teori hevdet at presumsjonsprinsippet må gis en særlig sterk gjennomslagskraft i forhold til internasjonale menneskerettighetskonvensjoner.⁵⁰

På enkelte områder er folkeretten gitt en sterkere stilling enn hva som følger av presumsjonsprinsippet, man har inntatt bestemmelser i lovgivningen som inkorporerer alle folkerettslige regler Norge er bundet av på det aktuelle området. Slik sektormonisme finner vi blant annet i straffeprosessen hvor *”lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med*

⁴⁹ Se Skoghøy (2002), s. 733.

⁵⁰ Også før vedtakelsen av Grunnloven § 110c ble det antatt at menneskerettighetene har en særlig sterk gjennomslagskraft på grunnlag av deres karakter. Enkelte forfattere hevdet at EMK måtte bli å anvende av norske domstoler uavhengig av norsk lov, og selv om det måtte foreligge en motstridende norsk lov. For en kortfattet oversikt over rettsteorien på dette området, se NOU 1993:18 s. 72-74.

fremmed stat” jfr. strpl. § 4.⁵¹ Slike bestemmelser som gir grunnlag for det vi kaller sektormonisme finner vi blant annet også i strl. § 1(2) og tvistemålsloven⁵² (tvml.) § 36a. Straffeprosesslovens anvendelse begrenses etter ordlyden i strpl. § 4 både av regler som må anses som folkerettslig sedvanerett og av regler i traktater og konvensjoner som er bindende for Norge. Denne bestemmelsen er noe annerledes utformet enn forrangsbestemmelsen i mrl. § 3. Både strpl. § 4 og de øvrige bestemmelsene om sektormonisme er negativt formulert. De lover det er tale om skal anvendes ”*med de begrensninger*”⁵³ som følger av folkeretten. Mrl. § 3 gir derimot positivt uttrykk for at de konvensjoner som omfattes ved loven ved motstrid skal ”*gå foran*”.

Spørsmålet blir deretter om dette gjør at mrl. § 3 gir de konvensjonene som omfattes av denne loven en sterkere stilling i straffeprosessen enn disse konvensjonene tidligere har hatt, jfr. strpl. § 4. For å finne svaret på dette må vi se på utviklingen i de siste 10 årene.

2.3.2 Utviklingen i de siste 10 årene

Forholdet mellom norsk rett og folkeretten har vært gjenstand for en utvikling der rettspraksis må sies å ha vært sentral. Spørsmålet om forholdet mellom inkorporerte folkerettslige forpliktelser og nasjonale rettsregler, og i hvilken grad slike forpliktelser er relevante i norsk rett tas opp i Høyesteretts kjennelse i Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen). Her ble det som senere ble kjent som ”klarhetsprinsippet” slått fast: Høyesterett legger til grunn at det må stilles visse klarhetskrav til den folkerettslige regel for at den skal kunne tilsidesette en norsk rettsregel. Dette klarhetskravet kan imidlertid til en viss grad sies å være moderert av Høyesterett i senere rettspraksis. I

⁵¹ Bestemmelsen er en videreføring av § 5 i den gamle straffeprosessloven av 1887. Bestemmelsen ble opprinnelig tatt inn i loven for å legge forholdene til rette for norsk tilslutning til de fire Genève-konvensjonene om havets folkerett av 1958. Bestemmelsen gjelder imidlertid generelt, og i praksis er det de konvensjonsbaserte menneskerettighetene – og i sær EMK – som har spilt den viktigste rollen i anvendelsen av strpl. § 4.

⁵² Lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915, nr. 6.

⁵³ Uttrykket begrensninger er imidlertid noe misvisende. De folkerettslige reglene vil også kunne supplere reglene i straffeprosessloven.

Rt. 1997 s. 1019 (rettergangsbotskjennelsen) stilles det ikke noe klarhetskrav for at en innarbeidet norsk rettsregel må vike for EMK. I denne kjennelsen bruker Høyesterett en høyst uklar og ikke-inkorporert folkerettslig regel som del av begrunnelsen for å tilsidesette en klar og innarbeidet norsk rettsregel.

I litteraturen ble klarhetskravet kritisert og det ble stilt spørsmål om hvorvidt det faktisk eksisterte et slikt klarhetskrav. Skoghøy⁵⁴ gir flere eksempler på at innarbeidet norsk praksis er blitt endret på grunnlag av nokså uklare og flytende folkerettslige regler også før menneskerettsloven. Han oppsummerer rettstilstanden før menneskerettsloven slik: ”Etter min oppfatning må det etter dette konkluderes med at Høyesterett før menneskerettsloven var forsiktig med å tilsidesette klare norske lovregler på grunnlag av inkorporert folkerett, men at det klarhetskrav som ble formulert i bølgepappkjennelsen, ikke kunne tas bokstavelig”. Han gir videre uttrykk for at den verdi eller interesse en folkerettslig regel skal beskytte i stor grad vil være avgjørende for i hvilken grad en legger til grunn et klarhetskrav. Dette kan begrunne det forskjellige resultat i bølgepappsaken og rettergangskjennelsen idet verdier eller interesser som også har tradisjon og grobunn i norsk rett er blitt tillagt en større gjennomslagskraft enn folkerettslige regler som beskytter verdier eller interesser som vi tradisjonelt ikke har satt like høyt.⁵⁵

Ved vedtakelsen av menneskerettsloven ble i første rekke EMK, SP og ØSK inkorporert i norsk rett. Den 1. oktober i 2003 ble også barnekonvensjonen inkorporert i norsk rett. Barnekonvensjonen er i § 3, sammen med de øvrige konvensjonene i mrl. § 2, gitt ”semikonstitusjonell” status ved at de går foran ikke bare eldre lovgivning, men også lovgivning gitt etter vedtakelsen av menneskerettsloven⁵⁶

⁵⁴ Se Skoghøy (2002), s. 742-743

⁵⁵ I Bølgepappkjennelsen ble retten til å unngå selvinkriminering ikke akseptert, mens Høyesterett i Rettergangsbotskjennelsen godtok retten til å bli kjent med anklagen mot en, og til å bli hørt før man ilegges straff.

⁵⁶ Selv om bestemmelsen er blitt kalt ”semikonstitusjonell” og kan sies å binde fremtidige lovgivere, vil det at bestemmelsen er gitt i lov, og ikke i grunnlov, gjøre at den også kan oppheves ved lov. Dette gjør betenkelighetene ved å binde fremtidige lovgivere mindre. På den andre siden er det pr i dag lite tenkelig

De inkorporerte konvensjonene i menneskerettsloven er altså gitt forrang foran øvrige norske rettsregler ved at de ”*ved motstrid [skal] gå foran bestemmelser i annen lovgivning*”. Ordlyden i bestemmelsen tilsier at reservasjonen i Bølgepappkjennelsen ikke lenger er aktuell for de konvensjoner som omfattes av menneskerettsloven. Uklarheter og til dels motstrid i forarbeidene gjorde likevel at det en stund hersket uklarhet om hvorvidt det likevel fortsatt fulgte en slik reservasjon av loven. I Rt. 1999 s. 961 (Rest-jugoslavia-kjennelsen) fant Høyesteretts flertall det ikke ”*nødvendig eller ønskelig*” å ta et oppgjør med klarhetskravet fra Bølgepappkjennelsen. I Rt. 2000 s. 996 (Bøhlerdommen) tar Høyesterett imidlertid skrittet helt ut og tar et oppgjør til klarhetskravet i forhold til mrl. § 3. Dommen er avsagt av en enstemmig Høyesterett i plenum. Dommen omhandler kravet om at en straffesiktelse skal avgjøres innen rimelig tid i EMK art. 6 (1) i forhold illeggelse av tilleggsskatt jfr. ligningsloven⁵⁷ §§ 10-2 nr. 1 og 10-4 nr. 1. Ved tolkningen av mrl. § 3 legges det til grunn at klarhetskravet ikke er uttrykkelig kommentert i forarbeidene.⁵⁸ I stedet tas det utgangspunkt i justiskomiteens innstilling⁵⁹ hvor det blant annet fremheves som ”det overordna målet at norsk rettspraksis i størst mogleg grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkningspraksis”. På bakgrunn av dette slår Høyesterett fast: ”*Spørsmålet om det foreligger motstrid mellom en inkorporert konvensjonsbestemmelse og annen norsk rett, slik at konvensjonsbestemmelsen må gå foran, kan ikke løses på grunnlag av noe generelt prinsipp, men må bero på en nærmere tolkning av de aktuelle rettsregler. Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at dersom det tolkningsresultat som følger av EMK fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt.*”

at bestemmelsen vil bli opphevet av lovgiver og at man på denne måten vil ”ta avstand” fra de forpliktelser Norge har påtatt seg på menneskerettighetenes område.

⁵⁷ Lov om ligningsforvaltning av 13. juni 1980, nr. 24.

⁵⁸ Aall (2004) påpeker at Høyesterett med dette nedtoner uttalelsen i Ot.prp. nr. 3 (1998-1999) hvor det henvises til Bølgepappkjennelsen og foreslås ”at en tilsvarende forrang – i en noe annen språklig utforming tas inn i inkorporeringsloven”. Denne nedtoningen finner han imidlertid berettiget i det den synes uforenelig med senere uttalelser i den samme Ot.prp.’en, se s. 86-87.

⁵⁹ Se Innst.O. nr. 51 (1998-1999), s. 6.

Høyesterett tar her et klart oppgjør med klarhetskravet i Bølgepappkjennelsen for de konvensjoner som er omfattet av mrl. § 2. I de tilfellene det er *”begrunnet tvil om hvordan EMK skal forstås”* skal norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Høyesterett tar videre opp spørsmålet om hvilke tolkingsprinsipper som skal legges til grunn for tolkingen av EMK.⁶⁰

Høyesteretts forståelse av mrl. § 3 er senere fulgt opp i Rt. 2001 s. 1006 (KRL-fagsaken) og Rt. 2002 s. 557 (Dobbeltstraff I).

Etter dette var det altså klart at det ikke lenger kan legges til grunn et klarhetskrav for at de inkorporerte konvensjoner i mrl. § 2 skulle gå foran norsk lovgiving. Spørsmålet ble etter dette hvorvidt det likevel fortsatt gjaldt et klarhetskrav for konvensjoner som ikke var gitt forrang jfr. mrl. § 3, men som var inkorporert i norsk i sektormonistiske bestemmelser, slik som strpl. § 4. Som vi har sett⁶¹ er disse bestemmelsene annerledes utformet enn mrl. § 3.

I Rt. 2003 s. 359 pkt 59 uttaler Høyesterett seg om dette spørsmålet: *”Selv om klarhetsprinsippet først ble definitivt forlatt i Bøhlerdommen fra 2000, kan det etter min oppfatning ikke legges til grunn at det først ved menneskerettsloven ble etablert et slikt forrangsprinsipp ... Som påpekt av flertallet i avgjørelsen i RT. 1999 s. 961, var EMK allerede før menneskerettsloven gjort til en del av norsk straffeprosess gjennom bestemmelsen i straffeprosessloven § 4.”*

Ut i fra dette kan vi utlede at det i dag ikke eksisterer et klarhetsprinsipp, verken for tolkingen av konvensjoner som er inkorporert i norsk rett generelt, jfr. mrl. § 2, eller for tolkingen av konvensjoner som er inkorporert i spesielle deler av norsk rett, som blant annet i straffeprosessen jfr. strpl. § 4.

⁶⁰ På grunn av EMK's dynamiske karakter må til dels legges til grunn en egen tolkingsmåte for tolking av EMK i forhold til andre folkerettslige forpliktelser. Dette gjør at jeg her ikke vil gå nærmere inn på denne delen av dommen.

⁶¹ Se pkt 2.3.1.

Dette vil si at inkorporeringen av barnekonvensjonen i norsk rett ikke har endret konvensjonens rettslige betydning på straffeprosessens område; konvensjonen ville hatt samme rettslige betydning også uten inkorporering, i kraft av bestemmelsen i strpl. § 4. Som vi skal se har inkorporeringen av barnekonvensjonen likevel hatt betydning på annen måte i forhold til norsk straffeprosess, blant annet gjennom synliggjøring av konvensjonen.

2.3.3 Synliggjøring av konvensjonen

Et viktig formål med å inkorporere barnekonvensjonen i norsk rett i sin helhet var å synliggjøre konvensjonen. Dette kommer til uttrykk i forarbeidene⁶²: ”Når man nå har valgt å innarbeide konvensjonen mer aktivt, er dette i første rekke for å styrke konvensjonens stilling nasjonalt og internasjonalt og vurdere tiltak som kan ytterligere forbedre etterlevelsen av konvensjonen i praksis.”

Idet Justis- og politidepartementet anser barnekonvensjonen i all hovedsak å være oppfylt i norsk rett fokuseres det videre på inkorporeringen som pressmiddel overfor andre stater: ”Ved å inkorporere barnekonvensjonen viser norske myndigheter tydelig at Norge tar konvensjonen alvorlig, og at vi formelt sett oppfyller konvensjonens krav. Dette kan være en fordel for Norges internasjonale menneskerettsarbeid rettet mot barn. Det vil være lettere å stille krav til andre stater når vi selv har inkorporert konvensjonen, og dermed gjort den direkte anvendelig i norsk rett.”⁶³ Departementet fokuserer altså på det internasjonale aspektet ved å inkorporere barnekonvensjonen, men tilkjenner også at det vil kunne styrke konvensjonens stilling nasjonalt.

Inkorporering vil erfaringsmessig sette økt fokus på en konvensjon og særlig gjelder dette de konvensjoner som er inkorporert i menneskerettsloven. Et slikt økt fokus vil kunne gjøre både legfolk, jurister og myndighetene selv mer bevisste på konvensjonens eksistens. Selv om rettsreglene ikke forandres, vil denne bevisstheten kunne føre til at konvensjonen i større grad enn tidligere påberopes for norske domstoler. Dette vil igjen

⁶² Se Ot.prp. nr. 45 (2002-2003), s. 24-26.

⁶³ Ibid. s. 25.

kunne bidra til å avklare rettslige uklarheter i forholdet mellom barnekonvensjonen og norsk lovgivning.

Økt påberopelse av konvensjonen i nasjonale rettssystemer vil også kunne bidra til å videreutvikle barns rettigheter. En slik utvikling av de generelle menneskerettighetene har vi til dels sett etter at EMK ble inkorporert i menneskerettsloven. Denne konvensjonen har blitt tolket dynamisk i et samspill mellom EMD og nasjonale domstoler. I tolkningen av barnekonvensjonen mangler man som nevnt et tilsvarende internasjonalt organ som konvensjonen kan utvikles i samspill med. Barnekomiteen er i sitt arbeid som overvåkingsorgan nødt til å fokusere på land der det foretas hyppigere og alvorligere menneskerettighetsbrudd enn hva som skjer i Norge, og man kan ikke forvente at komiteen vil gå like dypt inn i alle mindre problemstillinger som reiser seg i forhold til barnekonvensjonen i norsk rett. Dette gjør at man i mange tilfeller der barnekonvensjonen er påberopt vil få liten hjelp av barnekomiteens praksis. En selvstendig tolkning av konvensjonen i nasjonal rett vil i disse tilfellene kunne være med på å videreutvikle konvensjonen. Hensynet til lovgiver og balansen mellom lovgivningsmyndighet og domsmyndighet vil imidlertid også her legge bånd på domstolene; I forhold til EMK uttrykker Høyesterett det slik i Bøhlerdommen: *”norske domstoler [bør] i tilfeller hvor det er tvil om hvordan EMK skal forstås, ikke ... anlegge en for dynamisk tolking av konvensjonen.”*. Det samme må gjelde for barnekonvensjonen. Inkorporeringen av barnekonvensjonen vil like fullt kunne bidra til å videreutvikle barns rettigheter.

Utviklingen etter inkorporeringen av barnekonvensjonen kan tyde på at bevisstheten om barnekonvensjonen faktisk har økt i norsk rettsliv. Et søk på Lovdata⁶⁴ på saker der barnekonvensjonen var påberopt ga 85 treff. Av disse var 23 Høyesterettsavgjørelser, 49 avgjørelser fra lagmannsrettene og 13 avgjørelser fra tingrettene.⁶⁵ Av disse avgjørelsene var 20 avsagt etter 1. oktober 2003. Et tilsvarende søk kun i

⁶⁴ Se www.lovdata.no. Søket ble foretatt 7.7.2004.

⁶⁵ Tallmaterialet er her noe ufullstendig, idet ikke alle tingretter sender inn alle avgjørelser til Lovdata. Avgjørelsene i tingsrettsbasene er i all hovedsak fra Oslo tingrett. Tallene kan likevel illustrere utviklingen.

strafferettsbasene ga 18 treff; Tolv Høyesterettsavgjørelser, tre avgjørelser fra lagmannsrettene og tre avgjørelser fra tingrettene. Fem av disse avgjørelsene var avsagt etter 1. oktober 2003. Dette tilsier altså at konvensjonen er blitt hyppigere påberopt etter inkorporeringen også på dette området, der inkorporeringen som vi har sett rettslig sett ikke har medført noen endring.⁶⁶ Mens det fra konvensjonen ble ratifisert i januar 1991 og fram til 30. september 2003 ble avsagt 13 avgjørelser der barnekonvensjonen ble påberopt⁶⁷, et snitt på ca. en gang i året, har konvensjonen nå på under ett år blitt påberopt fem ganger.

Inkorporeringen av barnekonvensjonen har altså ikke ført til noen endring av konvensjonens rettslige stilling i straffeprosessen. Likevel er det altså grunn til å tro at inkorporeringen har, og vil føre til, økt fokus på barns rettigheter. Dette kan på sikt være med på å videreutvikle disse rettighetene.

⁶⁶ Strafferettsbasene inneholder kun avgjørelser som omhandler straff; det kan være rent strafferettslige eller rent straffeprosessuelle avgjørelser eller avgjørelser som inneholder begge deler.

⁶⁷ Avgjørelser som omhandler straff (fra strafferettsbasen).

3 Omfanget av varetektsfengsling av mindreårige

I valget av oppgavetema har jeg forsøkt å finne et tema innen straffepleien og barnekonvensjonen som er aktuelt. Dette gjelder ikke bare i forhold til at det kan tenkes at barnekonvensjonen tilføyer noe mer til spørsmålet om varetektsfengsling av mindreårige enn straffeprosesslovens regler, men også i forhold til at temaet er praktisk, at problemstillingene som jeg tar for meg også er reelle. Underveis har jeg imidlertid blitt møtt med nokså motstridende oppfatninger av hvorvidt man faktisk varetektsfengsler mindreårige i Norge. I dette kapitlet ønsker jeg derfor å belyse hvorvidt mindreårige faktisk blir varetektsfengslet, og i hvilken grad dette skjer. Jeg vil se nærmere på hvor ofte mindreårige varetektsfengsles, og hvorfor mindreårige varetektsfengsles.

Selv om det hadde vært interessant å foreta egne undersøkelser av ulike problemstillinger som knytter seg til varetektsfengslinger av mindreårige, begrenser oppgavens omfang dette. Fremstillingen vil derfor i det følgende bygge på det statistikkmateriale som allerede finnes. Dette materialet har sine begrensninger, det gir blant annet ikke svar på hvilke lovbrudd de som har vært varetektsfengslet lengst antas å ha begått. Heller ikke om alderen spiller inn på lengden av varetektsfengslingen, eller i hvilken grad alternativer til varetektsfengsling er forsøkt. Videre finnes det ikke statistikk som sier noe om omfanget av bruken av restriksjoner mot mindreårige i varetekt.

3.1 Hvor ofte varetektsfengsles mindreårige?

I følge Justisdepartementet ble 65 personer under 18 år varetektsfengslet i 2003. Dette utgjør 1,8 % av det totale antall avsluttede varetekter som i 2003 var på 3656. De tilsvarende tall fra 2001 var 55 varetektsfanger under 18 år, noe som utgjør 1,4 % av 3900 varetektsfengslinger dette året.

Statistisk Sentralbyrå (SSB) opererer med andre tall enn Justis- og politidepartementet. I følge SSB var det i 2001⁶⁸ 114 nyinnsettelse av varetektsfanger under 18 år. Avviket er forklart med at registreringen hos SSB skjer etter andre kriterier enn i fengslene, som Justis- og politidepartementet henter sine tall fra. Tallene fra Justis- og politidepartementet omfatter alle som settes i varetekt i fengsel etter kjennelse fra domstol. Tallene fra SSB omfatter i enkelte tilfeller også varetektsurrogat⁶⁹, samt innsatte som holdes fengslet i påvente av domstolens kjennelse om varetektsprosmålet, men som senere løslates uten fengslingskjennelse (pågripelser).⁷⁰ En annen mulig årsak til avvik i tallmaterialet er at SSB teller antall nyinnsettelse mens Justis- og politidepartementet teller varetektsinnsatte. Det tilsier at SSB vil kunne telle den samme innsatte flere ganger dersom han blir varetektsfengslet flere ganger i løpet av et år.

Av 88 løslatelse av mindreårige fra varetekt i 2001 ble 60 løslatt i tidsrommet 1-29 dager etter fengslingen, 17 ble løslatt etter 30-59 dager i varetekt, syv etter 60-89 dager. Fire mindreårige hadde sittet i varetekt i over tre måneder før de ble løslatt. To av disse ble løslatt i tidsrommet 3-5 måneder etter fengslingen, én i tidsrommet 6-11 måneder etter fengsling, og én hadde sittet i mellom ett og to år i varetekt før han ble løslatt.⁷¹ I alt 15 mindreårige ble overført fra varetekt til soning av fengselsdom i 2001. Av disse hadde fem da sittet i varetekt i 1-29 dager, seks i 30-59 dager. Fire mindreårige hadde sittet i varetekt i tre-fem måneder før de ble overført til soning av fengslingsdom.⁷² At det samlede antall løslatelse og overføringer ikke tilsvarer antallet nyinnsettelse skyldes at ikke alle som ble varetektsfengslet i 2001 ble løslatt eller overført det samme året. Likedan ble ikke alle som ble løslatt eller overført i 2001 fengslet dette året.

Tallene viser at problemstillingen er reell. Selv om antallet mindreårige i varetekt ikke utgjør en stor andel av de fengslinger som foretas i året, er det heller ikke uvanlig at

⁶⁸ Nyeste statistikk fra SSB (mars 2004).

⁶⁹ Alternativer til varetektsfengsling. Jeg vil se nærmere på slike alternative tiltak i pkt 5.3.4.

⁷⁰ Se <http://www.odin.dep.no/jd/norsk/aktuelt/012101-210069/index-dok000-b-n-a.html>.

⁷¹ Se SSB, kriminalstatistikk 2001, tabell 52.

⁷² Se SSB, kriminalstatistikk 2001, tabell 53.

mindreårige varetektsfengsles og at de også holdes i varetekt over perioder av en viss lengde.

3.2 Hvilke typer lovbrudd ble de mindreårige varetektsfengslet for?

Dersom en ser på tall fra 2001⁷³ finner en at de fleste nyinnsettelsene tilhører tre hovedgrupper: utpressing og ran; tyveri; og forbrytelser mot liv, legeme og helbred. Tallene angir hovedlovbrudd; der den nyinnsatte har forøvet flere lovbrudd er det altså det alvorligste lovbrudd, det vil si det lovbruddet som har den høyeste strafferammene, som har blitt talt.⁷⁴

I 2001 ble 23 mindreårige nyinnsatt for grovt ran, mens åtte ble nyinnsatt for ran. Til sammen utgjør disse 31 nyinnsettelsene hovedkategorien ”utpressing og ran”, som igjen utgjør ca 22 % av det samlede antallet nyinnsettelsers av mindreårige dette året. Den neste hovedkategorien nyinnsettelsers er ”tyveri”, i denne kategorien fordeler 28 nyinnsettelsers av mindreårige seg på 14 nyinnsettelsers for grovt tyveri, åtte nyinnsettelsers for simpelt tyveri og seks nyinnsettelsers for brukstyveri av motorkjøretøy. Dette utgjør til sammen 20 % av det samlede antall nyinnsettelsers av mindreårige i 2001. Den siste hovedkategorien er ”forbrytelse mot liv, legeme og helbred”. Denne kategorien inneholder 25 nyinnsettelsers, eller de 18 % av nyinnsettelsene av mindreårige i 2001, og fordeler seg på 19 nyinnsettelsers for legemsbeskadigelse, tre for legemsfornærmelser, to for drapsforsøk og en for drap.

De øvrige nyinnsettelsene er stort sett spredt på forbrytelser mot straffeloven. Fem nyinnsettelsers skyldes forbrytelser mot den personlige frihet, én nyinnsettelse skyldes vold mot offentlig tjenestemann, én innbrudd, tre narkotikaforbrytelser, to grove narkotikaforbrytelser, ett voldtektsforsøk og to tilfeller av voldtekt. Én nyinnsettelse skyldes simpelt skadeverk og tre heleri. I tillegg kommer åtte tilfeller der forbrytelser

⁷³ Se SSB, kriminalstatistikk, tabell 51.

⁷⁴ Til sammen 138 nyinnsettelsers. SSB skiller ikke ut varetekt i tabellen der hovedlovbrudd oppgis. Det vil si at man her opererer med en samlet oversikt over de 114 nyinnsettelsene i varetekt, samt i tillegg 24 nyinnsettelsers i fengsel. Varetektsfengslingene er altså klart den største gruppen her.

mot legemiddeloven⁷⁵ er hovedlovbruddet.⁷⁶ Syv av disse skyldes bruk av narkotika mens ett tilfelle er kategorisert som "Narkotika, diverse". Av de siste nyinnsettelsene er to kategorisert under forseelser mot andre lover enn straffeloven eller vegtrafikkloven. De to siste faller inn under "rest"-kategorien "forbrytelser eller forseelser".

Det foreligger som nevnt ingen statistikk som sammenholder hva mindreårige er varetektsfengslet for, og hvor lenge de sitter i varetekt. En må imidlertid anta at generelt så er det de som er mistenkt for de groveste lovbruddene som sitter lengst i varetekt og de som er mistenkt for mindre grove lovbrudd som slipper ut først fra varetekt. Hva som må anses som grove lovbrudd må først og fremst baseres på strafferammene i de enkelte straffebudene. I tillegg vil betegnelsen av straffebudene kunne gi en viss pekepinn på hvor grovt et lovbrudd er; vi snakker for eksempel om "grovt ran", jfr. strl. § 268 (1) og "grovt tyveri" jfr. strl. § 258.

Tallene viser at en god del barn varetektsfengsles for lovbrudd som ikke fremstår som veldig alvorlige, slik som tyveri, brukstyveri av motorvogn og legemsfornærmelser. På den annen side er flere av lovbruddene barn har blitt varetektsfengslet for svært alvorlige; jeg tenker da først og fremst på voldtekt og drap samt voldtekts- og drapsforsøk.

⁷⁵ Lov om legemidler mv av 4. desember 1992 nr. 132.

⁷⁶ Det kan synes påfallende at så mange som 8 barn er varetektsfengslet for et så lite alvorlig lovbrudd som brudd på legemiddeloven (Høyeste strafferamme i legemiddeloven er fengsel i inntil 2 år). Dette kan etter mitt skjønn skyldes to forhold: Enten at barn er blitt pågrepet for denne typen lovbrudd og dermed faller innenfor statistikken, eller at disse tilfellene hører innenfor de 24 fengselsdommene som er tatt med i statistikken. Det kan også skyldes en samvirkning av disse to forholdene.

4 Nærmere om enkelte av barnekonvensjonens bestemmelser

Barnekonvensjonen art. 37 (a) og art. 3 (1) gjør seg gjeldende i forhold til begge de to hovedproblemstillingene jeg tar for meg i denne oppgaven; mindreårige og varetektsfengsling og mindreårige og bruk av restriksjoner ved varetektsfengsling. Jeg vil derfor i dette kapitlet komme nærmere inn på en del generelle problemstillinger som knytter seg til disse to artiklene. I kapittel 6 og 8 hvor jeg drøfter hvorvidt barnekonvensjonen medfører ytterligere begrensninger i adgangen til å varetektsfengsle og bruke restriksjoner mot mindreårige enn de straffeprosessloven oppstiller, kommer jeg inn på mer spesielle problemstillinger knyttet til artiklenes betydning i forhold til varetektsfengsling av mindreårige.

4.1 Hensynet til barnets beste, barnekonvensjonen artikkel 3 (1)

Det grunnleggende prinsippet i barnekonvensjonen er hensynet til barnets beste. Dette prinsippet kommer til uttrykk i art. 3 (1); *”Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.”*

Prinsippet er en av grunnpilarene i barnekonvensjonen. Det kan ledes ut av to grunnleggende tanker som begge har satt sine spor i konvensjonen: Barn er hele mennesker og er ikke mindre verd enn voksne, og at barn er sårbare og behøver særskilt støtte og beskyttelse.⁷⁷

I internasjonal rett er *”barnets beste”* ikke et nytt begrep. I 1924-deklarasjonen heter det at *”mankind owes to the child the best that it has to give”*. I 1959-deklarasjonen har

⁷⁷ Se SOU: 1997:116, s. 125.

prinsippet videreutviklet seg og der heter det at “*in the enactment of laws for this purpose the best interests of the child shall be the paramount consideration*”.⁷⁸

Heller ikke i norsk rett er hensynet til “*barnet beste*” et nytt begrep. Hensynet er lovfestet i lovgivning som direkte gjelder barn.⁷⁹ I følge barnevernloven⁸⁰ (bvl) § 4-1 “*skal det legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet*”.

At hensynet til barnets beste har blitt utviklet i internasjonal rett kan til dels tilskrives nettopp at begrepet i lang tid har eksistert i nasjonal lovgivning, først og fremst innen familieretten. Barnets beste er, i tillegg til i Norge, kjent fra familieretten i blant annet Canada, Frankrike, India, Sverige og Zimbabwe.⁸¹

4.1.1 Når kommer prinsippet til anvendelse?

Prinsippet kommer etter ordlyden i art. 3 (1) til anvendelse “*ved alle handlinger som berører barn*”. Dette omfatter både alle deler av den offentlige maktutøvelsen, både i de avgjørelser som foretas av “*domstoler*”; handlinger som foretas av “*de administrative myndighetene*”; og som foretas av “*de lovgivende organer*”. Oppregningen omfatter i tillegg også det private i form av “*private velferdsorganisasjoner*”.

Forrangsbestemmelsen i mrl. § 3 tilsier i tillegg at hensynet til “*barnets beste*” skal gå foran tradisjonell norsk lovgivning der dette hensynet ikke er tilstrekkelig ivaretatt i den norske lovgivningen. Domstolene kan etter dette altså sette tilside annen norsk lov

⁷⁸ Prinsippet finnes også i FNs konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner (Kvinnekonvensjonen) art. 5 og art. 16. Enkelte FN-organ har også inntatt prinsippet i sine program. Dette gjelder både FNs flyktningekommisær (UNHCR) og FNs barnefond (UNICEF).

⁷⁹ Ved Lov av 23. juni 2003 nr 40 er prinsippet også inntatt i Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7, § 48 og i Lov om ekteskap av 4. juli 1991 nr. 47, § 26 om mekling mv. Se også Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. av 5. desember 2003 nr. 100 § 2-6 om avgjørelse om behandling med sikte på assistert befruktning.

⁸⁰ Lov om barneverntjenester av 17. juli.1992, nr. 100.

⁸¹ Se SOU 1997:116, s. 126.

dersom denne ikke tilfredsstiller hensynet til barnets beste i tilstrekkelig grad. For de lovgivende myndigheter skal hensynet til *"barnets beste"* ivaretas også i ny lov.

4.1.2 Hvilken rettskildemessig verdi har prinsippet?

4.1.2.1 Spørsmålet om egnethet

Som jeg har vist i pkt. 2.1 må konvensjonsbestemmelser være "egnet" til å kunne anvendes umiddelbart for å kunne anvendes i norsk rett. Jeg vil her se på om art. 3 (1) er egnet til å anvendes i norsk rett.

For at en konvensjonsbestemmelse skal være egnet til anvendelse i norsk rett må den ta sikte på å gi den enkelte rettigheter: *"Konvensjonens bestemmelser må kunne konkretiseres til rettigheter og plikter."*⁸² Spørsmålet om en konvensjonsbestemmelse er egnet til anvendelse henger til dels sammen med spørsmålet om "selvkraft". I NOU 1993:18 s. 17 er "self-executing" beskrevet slik: "Med "self-executing" menes det forhold at traktaten eller en bestemt del av den er utformet slik at teksten som sådan er egnet til å bli umiddelbart anvendt av nasjonale myndigheter. Rettsanvendere skal være i stand til å konkretisere de plikter og rettigheter traktatene skaper. Videre forutsettes det at lovgivning ikke er nødvendig før individuelle rettigheter kan utledes av traktatteksten."

Det er hevdet at traktatsbestemmelser må være selvkraftige for å binde en konvensjonsstat innad.⁸³ Bestemmelser som ikke er selvkraftige binder kun konvensjonsstaten utad. Spørsmålet om selvkraft er særlig aktuelt i de land som gjennomfører traktater i intern rett etter system med monistiske trekk.⁸⁴ For oss har spørsmålet relevans idet det sier noe om i hvilken grad man kan utlede rettigheter til individet av en traktatbestemmelse.

⁸² Se Rt. 2001 s. 1006.

⁸³ Se NOU 1993:18, s. 104-105.

⁸⁴ Et monistisk system vil si at traktater har en direkte virkning i intern rett. Motsatt: dualistiske system. Les mer om dette blant annet i Ruud og Ulfstein (2002), s. 27-28.

Spørsmålet om art. 3 (1) i barnekonvensjonen er selvkraftig synes til dels å være løst forskjellig i ulike land.⁸⁵ At barnekonvensjonens enkelte deler er vage, deriblant art. 3 (1), var også et motargument mot å inkorporere konvensjonen i norsk rett. Konvensjonen ble likevel inkorporert i sin helhet. Dette tilsier at vi også må kunne utlede rettigheter fra dens bestemmelser. Videre vil det at man har utviklet klare retningslinjer for hva som ligger i begrepet "*barnets beste*" i enkelte deler av norsk rett gi uttrykk for en disharmoni i rettssystemet dersom man kommer til at begrepet er for vagt til å ilegges betydning i andre deler av norsk rett. Dette tilsier at art. 3 (1) er egnet for å anvendes umiddelbart i norsk rett, deriblant også i straffeprosessen.

Ut i fra dette må "*barnets beste*" etter inkorporeringen av barnekonvensjonen anses som et relevant hensyn i alle deler av norsk rett og man må kunne utlede rettigheter til barn på bakgrunn av dette hensynet, jfr. barnekonvensjonen art. 3 (1).

4.1.2.2 Hvilken vekt har prinsippet?

Barnets beste skal jfr. art. 3 (1) "*være et grunnleggende hensyn*". Ordlyden tilsier altså at hensynet er sentralt; i alle saker hvor det skal tas avgjørelser som gjelder barn skal man vurdere hvilket resultat som vil være til "*barnet beste*". Hensynet til barnets beste er imidlertid, etter bestemmelsens ordlyd, ikke uten videre avgjørende for det resultat man kommer til etter barnekonvensjonen.⁸⁶

I den engelske versjonen av barnekonvensjonen heter det at barnets beste "*shall be a primary consideration*". Både et forslag om å benytte formuleringen "*shall be the paramount consideration*" og formuleringen "*shall be the primary consideration*" ble forkastet under utarbeidelsen av konvensjonen idet de ble ansett for å være for

⁸⁵ Justis og politidepartementet gjennomgår i Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 17-20 ulike oppfatninger i ulike land. Bestemmelsen er f.eks. ikke ansett å være selvkraftig i Belgia, men er ansett å være det i Tsjekkia. Enkelte land ser ut til ikke å ha tatt stilling til spørsmålet, mens andre ikke har kommet til enighet i spørsmålet.

⁸⁶ I spørsmål om å benytte særlige tiltak overfor barn skal hensynet likevel gis "*avgjørende vekt*", jfr. bvl. § 4-1. I disse sakene gir tradisjonell norsk rett barn sterkere vern enn barnekonvensjonen.

vidtrekkende.⁸⁷ Sandberg⁸⁸ påpeker at det i teorien er antatt at bestemmelsen likevel må tolkes som om det sto at barnets beste skal være det viktigste hensynet (*"the primary consideration"*). Hun uttaler videre at "grunnen til at formuleringen ikke ble slik, var muligheten for at det i enkelte tilfeller kan være andre hensyn som bør gå foran. Dette var likevel bare ment som en ren unntaksmulighet." Under utarbeidelsen av barnekonvensjonen ble det framholdt at det kunne finnes konkurrerende interesser som kunne være like viktige, eller kanskje viktigere, enn det enkelte barnets interesser: "It was generally noted that there were situations in which the competing interests, inter alia, of justice and society at large, should be of at least equal, if not greater, importance than the interest of the child".⁸⁹ Samfunnsinteresser og hensyn til rettspleien er etter dette hensyn som kan gå foran hensynet til barnets beste. Jeg antar at disse hensyn på de fleste områder sjelden gjør seg så sterkt gjeldende at de går foran hensynet til *"barnets beste"* og dermed må ses på som rene unntakstilfeller. Strafferettspleien er imidlertid et område som skiller seg særskilt ut ved at disse hensyn i større grad gjør seg gjeldende og at det er på dette området at andre hensyn helt unntaksvis kan komme til å få forrang. For eksempel kan det være i samfunnets interesse å holde et barn under 18 år varetektsfengslet i en drapssak der det er stor fare for flukt e.l.

I norsk rett har Høyesteretts kjæremålsutvalg støttet denne tolkningen av barnekonvensjonen; at *"barnets beste"* ikke uten videre kan legges til grunn som det avgjørende hensyn, i Rt. 1993 s. 1591. Kjæremålsutvalget *"finner det klart at lagmannsretten ikke har feiltolket barnekonvensjonens artikkel 3 når den har lagt til grunn at myndighetene ikke er avskåret fra å legge vekt på andre momenter enn hensynet til barnets beste"*.

Man kan altså komme til et annet resultat enn det som er antatt å være *"barnets beste"* der det foreligger andre tungtveiende hensyn. Resultatet vil bero på en konkret vurdering av de ulike hensyn som gjør seg gjeldende. Ordlyden i art. 3 (1) taler imidlertid for at hensynet til *"barnets beste"* har stor vekt; Hensynet betegnes som

⁸⁷ Se Detrick (1992), s. 133.

⁸⁸ Se Sandberg (2004) s. 326.

⁸⁹ Se Detrick (1992), s. 137.

”grunnleggende”, noe som etter mitt syn må medføre at det har en relativt høy egenvekt og at hensyn som går foran dette må være tungtveiende. Det vil etter dette kun i unntakstilfeller være aktuelt å sette hensynet til side.

4.1.3 Hva er ”barnets beste”?

Ved første øyekast kan ordlyden i barnekonvensjonen art. 3 (1) synes klar; de fleste av oss mener nok å ha en intuitiv forståelse av hva som ligger i begrepet ”barnets beste”. Ser en nærmere på begrepet vil man nok likevel se at oppfatningene av hva som ligger i ”barnets beste” vil variere en del. Haugli⁹⁰ sier det slik: ”Normative standpunkter om hva som er best for barn generelt eller for et bestemt barn, kan bygge på faglige argumenter, på verdisyn, ideologier, fordommer, uvitenhet eller totalt usaklige argumenter.” Dette gjør det viktig å si noe om hvilke momenter som faktisk kan tillegges vekt i vurderingen av hva som er ”barnets beste”. Dette for å gjøre klart hva som er usaklige argumenter i vurderingen hva som er ”barnets beste” og for å unngå at andre argumenter blir kamuflert som å være hensyn til ”barnets beste”. Jeg vil derfor i det følgende gå nærmere inn på noen momenter som er relevante og som jevnt over må veie tungt i denne vurderingen.

Selv om begrepet i seg selv gir en viss veiledning når man skal fastslå hvilket resultat av en avgjørelse som vil være til ”barnets beste”, vil det også være nødvendig å gå til øvrige rettskilder for å fastslå hva som ligger i begrepet.

Under utarbeidelsen av utkastet til barnekonvensjonen ble det fremsatt en rekke forslag om at begrepet ”barnets beste” skulle presiseres. Disse forslagene ble forkastet av arbeidsgruppen som utarbeidet utkastet; det ble foretrukket en vid formulering.⁹¹

Barnekomiteens anvendelse av art. 3 (1) om ”barnets beste” kan i hovedsak deles inn i to kategorier. For det første anses ”barnets beste” som et allment prinsipp som skal gjennomsyre lovgivning, administrative beslutninger og andre avgjørelser som foretas.

⁹⁰ Se Haugli (2002), s. 315.

⁹¹ Se SOU 1997:116, s. 127.

For det andre anvender komiteen prinsippet om *"barnets beste"* for å tolke og gi innhold til konvensjonens øvrige artikler. Komiteen henviser i sine rapporter ytterst sjelden til kun én artikkel, men ser i stedet konvensjonen som en helhet med *"barnets beste"* som det grunnleggende prinsippet. De øvrige artiklene anvendes i drøftelsen som utgangspunkt der koblingen til barnets beste gir bestemmelsene et tydeligere innhold og ytterligere en dimensjon.⁹² I denne oppgaven er det i hovedsak den siste anvendelsesmåten av prinsippet som er interessant; hensynet til *"barnets beste"* vil bli benyttet for å tolke og gi innhold til barnekonvensjonen art. 37.

"Barnets beste" er ikke et statisk begrep. Det varierer over tid og mellom ulike samfunn med ulike kulturelle og sosiale verdier. Det varierer også fra barn til barn ut i fra dets individuelle situasjon. Men på tross av at barnets beste ikke er gitt en gang for alle inneholder barnekonvensjonen en rekke grunnleggende rettigheter for barn, og disse skal være universelle; de rettighetene barn er gitt i konvensjonen skal gjelde i alle samfunn uavhengig av kultur, religion eller andre særpreg.⁹³ Konvensjonspartene kan altså ikke tolke *"barnets beste"* på en overdrevet kulturellevistisk måte og de kan ikke bruke sin egen tolking av begrepet for å nekte barn rettigheter de er garantert etter konvensjonen, for eksempel beskyttelsen mot bruk av vold etter art. 19.⁹⁴ Enhver tolking av *"barnets beste"* må være i samsvar med barnekonvensjonens "ånd" og spesielt med hensyn til dens fokusering på barnet som et individ med egne synspunkter og følelser og barnet som subjekt for sivile og politiske rettigheter så vel som for særskilt beskyttelse.

I likhet med arbeidsgruppen som utarbeidet utkastet til barnekonvensjonen har foreløpig heller ikke Barnekomiteen forsøkt å utforme kriterier for hva som skal ses på som *"barnets beste"*, verken generelt eller på spesifikke områder. Barnekomiteen har likevel flere ganger lagt vekt på at de generelle verdiene og prinsippene i konvensjonen skal legges til grunn i spørsmålet om hva som er *"barnets beste"*.⁹⁵

⁹² Ibid. s. 130.

⁹³ Ibid. s. 131.

⁹⁴ Se Implementation Handbook (1998), s. 40.

⁹⁵ Se Implementation Handbook (1998), s. 40.

Barnekomiteen har videre også påpekt at prinsippet om *"barnets beste"* kommer til anvendelse sammen med de andre generelle prinsippene på alle de områder konvensjonen ikke har satt noen presis standard.⁹⁶ Disse generelle prinsippene er ansett for å være gitt uttrykk for i barnekonvensjonens artikler 2, 3, 6 og 12. Disse anses som konvensjonens hovedprinsipper.⁹⁷ I tillegg til hensynet til *"barnets beste"* er dette henholdsvis prinsippet om ikke-diskriminering, retten til liv og utvikling og respekten for barnets synspunkter. Disse prinsippene er alle relevante når man skal fastlegge hva som er *"barnets beste"* både på de spesifikke områdene og når man skal fastlegge dette for barn som en gruppe. Vurderingen av hva som er *"barnets beste"* må videre inneholde en vurdering av barnets interesser både på kort og lang sikt.

I norsk rett har barnekonvensjonen art. 3 (1) vært påberopt for Høyesterett i få tilfeller. I de tilfellene der det har skjedd har Høyesterett i svært liten grad gått inn på hva som er *"barnets beste"*. Og der hvor de har gjort det, har de stort sett nøyd seg med å slå fast hva som har vært *"barnets beste"* i det konkrete tilfelle, uten å gå nærmere inn på hvordan de har kommet til dette resultatet; hvilke momenter tilsier at et resultat er til *"barnets beste"*? I forbindelse med spørsmål som klart er av barne- og familierettslig art har spørsmålet likevel vært hyppig oppe for Høyesterett. På dette området har Høyesterett utarbeidet nokså klare retningslinjer for momenter som det skal legges vekt på ved vurderingen av hva som er barnets beste. Disse retningslinjene er tilpasset *"barnets beste"* -vurderingen på et særskilt rettsområde, og veiledningen man kan få i tolkningen av begrepet på andre rettsområder er noe begrenset. Likevel er det mulig å utlede retningslinjer fra denne praksisen, som har gyldighet mer generelt.

Den samme situasjonen preger litteraturen. Det finnes foreløpig lite norsk litteratur som behandler barnekonvensjonen art. 3 (1), mens prinsippet om *"barnets beste"* har vært en viktig del av norsk barne- og familierettslig litteratur. Denne litteraturen har, i samspill med rettspraksis, vært med på å utvikle de ovennevnte retningslinjene. Jeg vil i

⁹⁶ L.c.

⁹⁷ Se SOU 1997:116, s. 129.

det følgende se på ulike momenter man generelt kan legge vekt på i vurderingen av hva som er *”barnets beste”*, utledet fra de barne- og familierettslige retningslinjene.

Rettspraksis har understreket at hva som er barnets beste beror på en konkret helhetsvurdering der flere momenter må tillegges vekt.⁹⁸ Sandberg⁹⁹ gjennomgår et utvalg barnefordelingssaker fra perioden 1982-1989, og man kan ut fra denne gjennomgangen utlede en *”momentliste”* som viser ulike momenter som det er lagt vekt på i rettspraksis i barnefordelingssaker: følelsesmessig kontakt; faktisk omsorg; stabile forhold; omsorgsmulighetene fremover; foreldrenes personlige egenskaper så som; *”evne til følelsesmessig kontakt med barnet, vilje til samarbeid med den andre forelderen og stabilitet”*¹⁰⁰; å unngå deling av søsken; og å minimere risikoen for seksuelle overgrep. Underrettspraksis har i tillegg til dels lagt vekt på kjønn. Flere av disse momentene kan føres tilbake til barns omsorgsbehov og deres behov for stabil og god voksenkontakt, noe som må sies å være et hovedmoment i vurderingen av hva som er barns beste. Om barns behov for stabile forhold i hjemmet sier Sandberg: *”Dette har naturlig sammenheng med barnets behov for trygghet under oppveksten, som vel er noe av det som er allment anerkjent.”*¹⁰¹

At disse momentene, barns behov for omsorg og voksenkontakt, er av stor betydning støttes også av bvl. § 4-1, som sier; *”Herunder skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”*. At det skal legges vekt på disse behovene er også inntatt i andre bestemmelser i loven, se §§ 4-21 og 4-8.

Andre momenter som tas med i vurderingen av hva som er *”barnets beste”* i de barne- og familierettslige sakene er, i tillegg til de nevnte momentene, retningslinjen i barneloven om at barnets egen mening har stor vekt, fra barnet er 7 år *”skal det få seie si mening før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos.”* jfr. § 31 (2) 1. punktum. For barn over 12 år er

⁹⁸ Se Sandberg (1990), s. 51.

⁹⁹ Ibid. s. 45-103.

¹⁰⁰ Ibid. s. 79.

¹⁰¹ Ibid. s. 76.

dette det momentet som har størst betydning, se samme bestemmelse, 2. punktum.¹⁰²

Hensynet til foreldrene kommer inn som et subsidiært argument der ingen av løsningene peker seg ut som den beste for barnet.

I denne oppgaven er spørsmålet om barn kan varetektsfengsles og om det eventuelt kan brukes restriksjoner mot dem under varetektsfengslingen. I disse tilfellene faller naturlig nok spørsmålet om barnets egen mening bort. Som utgangspunkt antar jeg at ingen ønsker å varetektsfengsles eller å fengsles under restriksjoner. Unntak kan tenkes der det er spørsmål om å iverksette andre tiltak som alternativ til å varetektsfengsle den mindreårige. Ønsker den mindreårige i et slikt tilfelle i stedet å bli varetektsfengslet, må dette ønsket tas med i betraktningen av hva som er barnets beste.

Likedan kan heller ikke hensynet til foreldrene komme inn i vurderingen av hva som er *barnets* beste i spørsmålet om den mindreårige skal varetektsfengsles. Dette hensynet er likevel relevant i vurderingen av om den mindreårige kan varetektsfengsles, idet det kan være en del av forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter strpl. § 170a.¹⁰³

Etter dette kan vi fra norsk rett utlede at viktige momenter i vurderingen av hva som er "*barnets beste*" etter barnekonvensjonen art. 3 (1) er barnets behov for omsorg, trygghet og stabil og god voksenkontakt. Disse hensynene som er grunnleggende i barne- og familieretten, må derfor også ha gyldighet i vurderingen av de spørsmål som reiser seg i denne oppgaven.

Spørsmålet blir etter dette om det kan utledes ytterlige momenter som er relevante for vurderingen av hva som er "*barnets beste*" fra internasjonale rettskilder? Det er som nevnt et noe snevert omfang av norske rettskilder som omhandler barnekonvensjonen artikkel 3 (1). Omfanget av de internasjonale rettskildene er derimot langt større.

¹⁰² Se mer om dette i Sandberg (1990) s. 60-66.

¹⁰³ Jeg kommer tilbake til dette i pkt. 5.3.2.

Prinsippet om "*barnets beste*" er det tema fra barnekonvensjonen som i størst grad har vært gjenstand for analyser i internasjonal litteratur.¹⁰⁴

I SOU 1997:116 gjennomgås hva som synes å være "*barnets beste*" ut fra et vitenskapelig synspunkt.¹⁰⁵ Her påpekes det at kunnskaper og forskning om barns behov har utviklet seg de siste tiår. I denne forskningen pleier man å skille mellom behov som har en grunnleggende betydning for et barns utvikling, og andre behov som på tross av at de er viktige, ikke på samme måte er avgjørende for barns utvikling. Av de behov som anses som grunnleggende nevner SOU 1997:116 følgende.

Barn har behov for omsorg og beskyttelse, noe som både omfatter fysiske og psykiske behov. Dette er muligens det mest elementære behovet for at et barn skal overleve og utvikles.

Barn har behov for sine foreldre. Et stabilt forhold til sine foreldre er svært viktig for barnets interesser. Dette er viktigere jo yngre barnet er, men også barn i tenårene har behov for sine foreldre selv om behovene vanligvis er av en annen art enn da barnet var yngre.

Barn har behov for respekt for sin integritet. Barn trenger å føle at det spiller en viktig rolle og at de må ta ansvar. Barn behøver å få muligheten til å påvirke sin egen situasjon og i økende grad få ta ansvar for sine personlige forhold og handlinger, i takt med økt alder og modenhet. Respekt for barnet legger grunnlaget for barnets egen utvikling i å vise empati og respekt for andre.

Også i den internasjonale litteraturen ser vi altså at barnets behov for omsorg, trygghet, stabil og god foreldrekontakt er vektlagt. I tillegg kommer respekten for barnet og dets integritet inn som et grunnleggende behov. Dette er viktige momenter i vurderingen av hva som er barnets beste; momentene er ikke bare relevante, de vil etter alt å dømme

¹⁰⁴ Se Implementation Handbook (1998), s. 39. Analysene av prinsippet er ikke bare av juridisk art, men også av annen akademisk art, så som filosofiske og psykologiske analyser.

¹⁰⁵ Se særlig s. 135-136.

også jevnt over være tungtveiende. Også andre momenter kan selvfølgelig komme inn i vurderingen som skal skje, idet det er en individuell vurdering som skal foretas, men de nevnte momentene utgjør altså hovedmomentene i vurderingen. Barnets behov for omsorg, trygghet, stabil og god foreldrekontakt, og respekt for seg selv og sin integritet vil dermed også være viktige momenter i vurderingen av de problemstillingene jeg skal drøfte videre i oppgaven.

4.1.4 Hvem skal avgjøre hva som er "barnets beste"?

I følge den britiske familierettseksperten John Eckelaar¹⁰⁶ er det hovedsakelig to måter å avgjøre hva som er "*barnets beste*". Det ene er at beslutningstakeren bedømmer dette på grunnlag av vitenskap og erfaringer. Man må altså skaffe seg kunnskap om barn eller innhente slik kunnskap fra eksperthold. Den andre måten er at det berørte barnet får uttale seg om sine oppfatninger om hva som er til sitt eget beste. Det siste forutsetter at barnet utspørres i et trygt miljø der det ikke i alt for stor grad blir påvirket av enkelte voksne, og at barnet er stort nok til å kunne gi uttrykk for en mening. Barnet må altså i det minste ha et språk det kan uttrykke seg på. Det beste grunnlaget for å bedømme hva som er "*barnets beste*" får man ved å kombinere det objektive perspektivet man får gjennom forskning og erfaring og det subjektive perspektivet man får gjennom barnets egne synspunkter.

I straffeprosessen er det som nevnt lite rom for barnets egne meninger. Dette tilsier etter mitt syn at man må ta et langt sterkere utgangspunkt i det objektive perspektivet basert på forskning og erfaring enn man gjør på det barne- og familierettslige feltet. Det foreligger lite litteratur om mindreårige i varetekt, selv om mindreårige i generelle fremstillinger av varetektsfengslinger ofte fremstilles som en utsatt gruppe. Det synes å være bred enighet om at varetektsfengsling av mindreårige er uheldig. Likevel er det forsket lite på emnet; i hvilken grad påvirker varetektsfengsling mindreårige? Dette tilsier at for eksempel dommere har lite materiale å støtte seg til i en vurdering av hvorvidt varetektsfengsling er tilrådelig. Jeg antar at man ved å benytte barnefaglig kompetanse i større grad vil kunne få veiledning i disse spørsmålene. Slik barnefaglig

¹⁰⁶ Se SOU 1997:116, s. 134.

veiledning kan gis av yrkesgrupper med ulik kompetanse. Slik jeg forstår det er det vanlig at barnevernet trekkes inn i saker der det er spørsmål om varetektsfengsling av mindreårige. Som vi skal se er imidlertid barnevernet begrenset av de tiltak de har hjemmel til å gjennomføre.¹⁰⁷ Dette kan, etter mitt syn, gjøre at representanter fra barnevernet er bundet i sin vurdering av barnets tilstand. Jeg antar derfor at man for å i tilstrekkelig grad skal kunne vurdere hva som er ”barnets beste”, også bør søke veiledning fra sakkyndige med annen barnefaglig kompetanse, eksempelvis psykologer.

Et argument mot utstrakt bruk av barnefaglige kompetanse er av prosessøkonomisk art; det vil kunne forlenge og fordyre prosessen. Med tanke på at antallet varetektsfengslinger av mindreårige antakelig ligger på rundt 100 i året, og at dette er et svært inngripende tiltak for de det gjelder, er jeg imidlertid av den oppfatningen at dette argumentet ikke kan føre frem.

Hensynet til ”barnets beste” er altså et relevant og tungtveiende moment også i straffeprosessen. Jeg vil i kapittel 6 og 8 komme nærmere inn på vurderingen av hensynet i forhold til varetektsfengsling av mindreårige og bruk av restriksjoner mot mindreårige i varetekt. I dette kapitlet vil jeg videre se nærmere på forbudet mot tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, jfr. barnekonvensjonen art. 37 (a). Også denne bestemmelsen er aktuell i forhold til begge hovedproblemstillingene i denne oppgaven.

4.2 Forbudet mot tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, barnekonvensjonen artikkel 37 (a)

Staten skal ifølge barnekonvensjonen art. 37 (a) 1. punktum sikre at ”*intet barn utsettes for tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff*”

Tilsvarende ordlyd finner vi i SP art. 7 og den ligger nært opp til ordlyden i EMK art. 3, EMK art. 3 nevner imidlertid ikke alternativet ”grusom”.

¹⁰⁷ Se mer om dette i pkt. 5.3.4.1.

Idet varetektfengsling og isolasjon ikke er straff, vil jeg her ikke gå konkret inn på hva som er ”*grusom, umenneskelig eller nedverdiggende straff*”, men i det følgende kun konsentrere meg om hva som er slik ”*behandling*”.

Bestemmelsen i art. 37 (a) er etter ordlyden absolutt; det er ikke rom for unntak i de tilfellene handlinger faller innenfor bestemmelsen.¹⁰⁸ Likevel defineres ikke begrepene i barnekonvensjonen og heller ikke i noen av de andre nevnte konvensjonene. Dette gjør at det er rom for ulike tolkinger av hva som ligger i de forskjellige begrepene ”*tortur, grusom, umenneskelig og nedverdiggende behandling*”. Det er for eksempel naturlig å anta at begrepet ”*tortur*” blir forstått på høyst forskjellige måter i ulike deler av verden.

Barnekomiteen har ikke avgitt noen generelle kommentarer som sier noe om forståelsen av art. 37 (a) og man har derfor lite å bygge på herfra i forhold til hva som ligger i ”*tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling*”. Det er derfor naturlig å se nærmere på hva som ligger i disse begrepene etter andre konvensjoner.

Når man skal tolke disse begrepene i norsk rett er det naturlig å, i tillegg til å se hen til hvordan barnekonvensjonen er tolket i internasjonal praksis og litteratur, også å se hen til tolkingen av de tilsvarende bestemmelsene i EMK og SP. Disse bestemmelsene har et mer omfattende kildegrunnlag for tolking enn barnekonvensjonens bestemmelser og vil i tillegg være bindende for Norge på linje med art. 37 (a) jfr. mrl. §§ 2 og 3.

Et av begrepene i barnekonvensjonen artikkel 37 (a) er begrepet ”*grusom*”. Dette begrepet er som nevnt ikke en del av EMK artikkel 3. Aall¹⁰⁹ antar at dette ikke medfører noen forskjell i de krav som stilles etter SP art. 7 og EMK art. 3. Begrepet konsumeres av ”*umenneskelig*”. Møse¹¹⁰ uttaler likeledes at ulik ordlyd i EMK artikkel 3 og SP artikkel 7 ikke nødvendigvis innebærer at bestemmelsene tolkes forskjellig. At

¹⁰⁸ Se Høstmælingen (2003), s. 146.

¹⁰⁹ Se Aall (2004), s. 150.

¹¹⁰ Se Møse (2002), s. 206.

”grusom behandling” konsumeres av *”umenneskelig behandling”* må etter mitt syn gjelde på samme måte for barnekonvensjonens art. 37.

Barns særlige behov for beskyttelse kan imidlertid tilsi at barnekonvensjonen må tolkes strengere enn de tilsvarende bestemmelsene i SP artikkel 7 eller EMK artikkel 3. Dette særlige beskyttelsesbehovet var blant grunntankene som ledet til utarbeidelsen av barnekonvensjonen.¹¹¹ Beskyttelsesbehovet er også anerkjent i konvensjonens fortale: *”som tar hensyn til ... at ”barn på grunn av sin fysiske og psykiske umodenhet har behov for spesielle beskyttelsestiltak og særlig omsorg ... ”.*” At bestemmelser i barnekonvensjonen i enkelte tilfeller må tolkes strengere enn bestemmelser med tilsvarende ordlyd i de øvrige menneskerettighetskonvensjonene synes også å være akseptert i den internasjonale barnerettslitteraturen. Smith¹¹² påpeker at enkelte av rettighetene i barnekonvensjonen må gis en annen mening i forhold til barn enn hva tilsvarende rettigheter etter sin ordlyd gir til voksne. Som eksempel nevner hun at forbudet mot umenneskelig behandling må tolkes annerledes hvor det gjelder barn enn når det er voksne som er involvert. Tilsvarende hevder van Bueren¹¹³ at behandling som etter sin art ikke er så grov at den ”normalt” kan anses som brudd på torturbestemmelsen¹¹⁴ likevel kan anses som brudd på bestemmelsen hvor det er barn som blir utsatt for behandlingen, på bakgrunn av deres særlige sårbarhet. Eksempelvis kan utilfredsstillende forhold under varetektsfengsling være et brudd på torturbestemmelsen selv om de samme forhold ikke vil medføre et brudd i forhold til voksne.

Der man ikke kan utlede noe fra barnekonvensjonens kilder, er det først og fremst naturlig å se på hvordan de tilsvarende bestemmelsene er tolket i EMK. EMK omhandler som nevnt begrepene *”tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling”* i artikkel 3. Disse begrepene er ikke definert uttømmende i konvensjonspraksis, men forholdet mellom begrepene er klargjort gjennom en rekke

¹¹¹ Se SOU: 1997:116, s. 125.

¹¹² Se Smith (2003), s. 745.

¹¹³ Se van Bueren (1994), s. 223.

¹¹⁴ Herunder også de øvrige alternativ til tortur i bestemmelsen.

saker avgjort av EMD. Møse¹¹⁵ sammenfatter konvensjonspraksis etter EMK art. 3 på denne måten: "Behandlingen (eller straffen) må over et minstenivå før art 3 kan anvendes. Dette beror på en konkret vurdering, særlig behandlingens art, varighet og virkninger. Kommer forholdet over denne terskelen og dermed inn under bestemmelsens virkefelt, beror det på graden av lidelse hvilke begreper som kan anvendes. De groveste tilfellene gis stemplet "tortur". Grensen nedad mot "umenneskelig" behandling eller straff trekkes konkret. Dersom lidelsen ikke er tilstrekkelig til det, kan det foreligge "nedverdiggende" behandling eller straff, forutsatt at det foreligger ydmykelse av en viss grad"

Dersom et av de oppstilte vilkårene for "tortur" ikke er oppfylt eller handlingen ikke påfører offeret tilstrekkelig smerte eller lidelse, kan det altså i stedet foreligge "*grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling*".

Videre er det også aktuelt å se på hvordan begrepene "*tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling*" i SP art. 7 er blitt tolket. Heller ikke i SP er begrepene definert uttrykkelig noe sted. I generell kommentar 20 (1992) til bestemmelsen uttales det at Menneskerettskomiteen¹¹⁶ ikke ønsker å utarbeide noen liste over handlinger som er forbudt i henhold til SP eller fastsette skarpe grenser mellom de ulike typer behandling eller straff. Dette vil bero på arten, formålet og alvoret av behandlingen, se pkt. 4.¹¹⁷

Selv om Menneskerettighetskomiteen ikke har ønsket å fastsette klare skillelinjer på hva de ulike begrepene omfatter, kan en viss utdyping likevel være hensiktsmessig, særlig i forhold til barnekonvensjonen. Der hvor det er barn involvert er det særlig alternativet "*grusom og nedverdiggende behandling*" som det er mest aktuelt å benytte.¹¹⁸ Jeg vil derfor i det følgende se nærmere på forskjellen mellom de ulike begrepene.

¹¹⁵ Se Møse (2002), s. 208. For en nærmere gjennomgang av praksis, se s. 208-214.

¹¹⁶ Komiteen er opprettet i medhold av SP art 28, se også art 29 – 45.

¹¹⁷ I tillegg til statsrapportering, jfr. art. 40, og statsklagerett, jfr. art. 41, åpner den valgfrie tilleggsprotokollen til konvensjonen for individklagerett. Dette har ført til en rikholdig praksis fra Menneskerettskomiteen om art. 7.

¹¹⁸ Se van Bueren (1994), s. 224.

Først nevnt i barnekonvensjonen er begrepet ”*tortur*”. FN-konvensjonen mot tortur (CAT)¹¹⁹ gir den første konvensjonsbaserte definisjonen av tortur i art. 1 (1): *”For the purposes of this Convention, the term ”torture” means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.”*

Selv om definisjonen er begrenset til torturkonvensjonen (”*for the purposes of this Convention*”) er det alminnelig antatt at den har generell gyldighet.¹²⁰

For at det skal foreligge ”*tortur*” må handlingen påføre alvorlig smerte eller lidelse (”*severe pain or suffering*”). Lidelsen kan være fysisk eller psykisk (”*physical or mental*”). Kravet om at handlingen må påføre smerte eller lidelse trekker en grense mot mer milde former for ubehag.¹²¹ Smerten eller lidelsen må være påført med hensikt (”*intentionally inflicted*”). Bestemmelsen nevner flere eksempler på formål med smertepåføringen; å få opplysninger eller en tilståelse, for å straffe, ydmyke eller tvinge noen eller for å diskriminere noen. Dersom disse formål oppnås tilfeldig eller som en uønsket følge av en handling er kravet til hensikt ikke oppfylt. Følger lidelsen av ordinære straffer eller andre sanksjoner er den uttrykkelig holdt utenfor. Mishandlingen må i tillegg foretas av eller skje foranlediget av en offentlig tjenestemann eller annen person som handler i offisiell egenskap, eller med vedkommendes godkjennelse eller samtykke.

¹¹⁹ Norge ratifiserte CAT 9. juli 1986.

¹²⁰ Se Aall (2004), s. 149.

¹²¹ Se Høstmælingen (2003), s. 147.

I barnekonvensjonen art. 37 (a) grenser ”tortur” nedad mot ”grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling, eller straff”. Ordlyden i dette skillet viser at tortur er forbeholdt de ekstreme tilfellene.¹²²

For å forstå innholdet i ”umenneskelig eller nedverdiggende behandling” er det igjen naturlig å se hvordan de tilsvarende begrepene er blitt tolket i EMK¹²³. I Hellas-saken uttaler EMD om ”umenneskelig behandling” at *“inhuman treatment ... covers at least such treatment as deliberately causes severe suffering, mental or physical, which, in the particular situation is unjustifiable”*. Umenneskelig behandling må altså minst være behandling som med hensikt forårsaker alvorlig lidelse, psykisk eller fysisk, som ikke kan rettferdiggjøres i den konkrete situasjonen. Om ”nedverdiggende behandling” uttales det i den samme saken at *“treatment ... of an individual may be said to be degrading if it grossly humiliates him before others or drives him to act against his will or conscience”*. Behandling vil etter dette være nedverdiggende dersom den ydmyker den siktede grovt foran andre, eller får den siktede til å handle i mot sin egen vilje eller bevissthet. Som vist ovenfor må man kunne legge en strengere standard til grunn for hva som er ”umenneskelig eller nedverdiggende behandling” når det er tale om mindreårige, enn det som følger av de tilsvarende begrepene i EMK.

”Nedverdiggende behandling” er den nedre grensen i bestemmelsen om tortur i barnekonvensjonen art. 37 (a). For at det skal foreligge slik behandling etter den tilsvarende bestemmelsen i EMK art. 3 må et visst minimumsnivå av alvor overskrides.¹²⁴ Dette nivået må fastlegges ut i fra flere kriterier; særlig gjerningsmannens hensikt og virkning på offeret, herunder omstendighetene, offerets kjønn og status.¹²⁵ Hvorvidt det er forholdsmessighet mellom mål og middel vil kunne være viktig i avgjørelsen av om behandlingen er nedverdiggende eller ikke.¹²⁶

¹²² Ibid. s. 148.

¹²³ ”grusom behandling” konsumeres, som nevnt ovenfor, av umenneskelig behandling.

¹²⁴ Se Irland v. UK.

¹²⁵ Se Aall (2004), s. 149.

¹²⁶ Se Høstmælingen (2003), s. 150.

Det kreves altså ikke like grove handlinger for å fastslå umenneskelig eller nedverdiggende behandling som for å fastslå tortur. Selv om elementet av smerte eller lidelse må være tilstede vil dette være i mindre grad enn ved tortur. Selv om hensikt også her er et moment ved vurderingen, er hensikt ikke avgjørende, slik som ved tortur.

Tidsmomentet kan tilsi at tiltak som i utgangspunktet anses som umenneskelig eller nedverdiggende behandling over tid vil kunne kvalifisere til tortur. Dette kan for eksempel være tilfelle hvor tiltakene påfører offeret varige skader.

5 Varetektsfengsling av mindreårige

5.1 Generelt om varetektsfengsling

Varetektsfengsling er et straffeprosessuelt tvangsmiddel og benyttes i hovedsak under etterforskning av straffesak. Varetektsfengsling kan også benyttes i påvente av ankebehandling i enten lagmannsretten eller Høyesterett. Tvangsmidlene reguleres av straffeprosesslovens fjerde del.

Varetektsfengsling er ikke bare et av de mest inngripende tvangsmidler påtalemyndigheten kan benytte seg av, men også et av de mest omfattende inngrep samfunnet benytter seg av overfor den enkelte borger. Varetektsfengsling er fengsling uten at dom er avsagt, altså fengsling av en i prinsippet uskyldig person.¹²⁷

Loven sonderer mellom pågrepelse, som vanligvis besluttet av påtalemyndigheten¹²⁸ og varetektsfengsel som besluttet av retten i kjennelse¹²⁹. Pågrepelse er ofte første skritt mot bruk av fengsling. Den som er pågrepet skal snarest mulig og senest dagen etter pågrepsen fremstilles for forhørsretten dersom påtalemyndigheten ønsker å beholde den pågrepne, se strpl. § 183. Vilåårene for pågrepelse er de samme som vilåårene for varetektsfengsling og vil ikke bli behandlet særskilt i denne oppgaven.¹³⁰

I dette kapitlet vil jeg gå inn på ulike, etter mitt syn grunnleggende, sider ved bruken av varetektsfengsling i norsk rett. Jeg vil først se på de ulike formåålene bak varetektsfengslingsinstiuttet og hvilke hensyn som taler mot varetektsfengsling i pkt. 5.2. I pkt. 5.3 vil jeg gjennomgå vilåårene for å varetektsfengsle som følger av

¹²⁷ Uskyldspresumsjon; prinsippet om at en tiltalt i en straffesak skal anses som uskyldig inntil dom er falt i hans disfavør, er blant annet konvensjonsfestet i EMK art. 6 (2).

¹²⁸ Se strpl. § 175.

¹²⁹ Se strpl. § 184.

¹³⁰ Pågrepelse faller som nevnt i pkt. 1.3.2 utenfor denne oppgaven.

straffeprosesslovens bestemmelser. I pkt. 5.4 vil jeg se nærmere på hva det faktisk innebærer å være varetektsfengslet. Til sist vil jeg i pkt. 5.5 kortfattet gjøre rede for debatten om av bruk av varetektsfengsling i Norge og kritikken Norge har fått fra enkelte internasjonale organer på grunn av bruken av varetektsfengsling. På bakgrunn av fremstillingen i dette kapitlet vil jeg så, i kapittel 6, se nærmere på hvorvidt barnekonvensjonen oppstiller ytterligere vilkår for bruk av varetektsfengsling av mindreårige, enn det som følger av straffeprosesslovens bestemmelser.

5.2 Formålet bak varetektsfengsling

Det overordnede målet med varetektsfengsling er det samme som i straffeprosessen ellers og i strafferetten; å bekjempe kriminalitet. Ut i fra dette overordnede målet kan man utlede flere formål som begrunner varetektsfengsling. Bratholm¹³¹ sonderer i sin doktoravhandling mellom fengslingens anerkjente formål og fengslingens ikke-
anerkjente formål.¹³²

De anerkjente formålene med varetektsfengsling gir seg, naturlig nok, utslag i de enkelte lovbestemmelsene om varetektsfengsling i straffeprosessloven. Disse vil bli gjennomgått nedenfor, se pkt. 5.3.

Likedan åpner straffeprosessloven naturlig nok ikke for å varetektsfengsle på grunnlag av de formålene som ikke er anerkjent. Det er, etter mitt syn, likevel interessant å se nærmere på disse ikke anerkjente formålene med varetektsfengsling.

¹³¹ Se Bratholm (1957), s. 128-159.

¹³² Selv om vi har fått ny straffeprosesslov og det har skjedd flere endringer i forhold til bestemmelsene om varetektsfengsling siden Bratholm skrev sin doktoravhandling i 1957 er sonderingen likevel interessant å se nærmere på. Enkelte av lovendringene som Bratholm foreslo i sin avhandling er blitt gjennomført og gjør at formål Bratholm klassifiserer som ikke anerkjente formål nå faller innenfor de anerkjente formål. Dette er det tatt hensyn til i den videre fremstillingen.

5.2.1 Anerkjente formål

Av de anerkjente formål står det å skape sikkerhet for straffesakens gjennomføring sentralt.

Skal straffesak kunne gjennomføres er man avhengig av å finne tilstrekkelige bevis til å dømme den antatte skyldige. Det kan derfor være et formål med varetektsfengsling å hindre bevisforspillelse. Bevisforspillelse kan skje enten ved forspillelse av tinglige bevismidler eller ved påvirkning av vitner. Bevisforspillelse kan hindre en effektiv straffeforfølgning, og varetektsfengsling kan ved å forhindre slik forspillelse gjøre det lettere å få oppklart saken.

Likedan er man avhengig av siktedes person for å gjennomføre en straffesak, det vil si at siktede faktisk møter i straffesaken mot ham. Et formål med å varetektsfengsle vil være å hindre flukt der det er fare for at den siktede skal flykte. Flukt vil kunne umuliggjøre eller vanskeliggjøre straffeforfølgning og straffullbyrdelse

Varetektsfengsling for å hindre bevisforspillelse og flukt tjener indirekte målet om å bekjempe kriminalitet; For at en straffetrussel skal ha en forbyggende evne er man avhengig av at man har regler som muliggjør en realisering av denne trusselen.

Videre er også det å hindre ny kriminalitet fra den siktedes side ansett som et anerkjent formål med å varetektsfengsle. Fengsling for å hindre ny kriminalitet tjener direkte det overordnede målet å bekjempe kriminalitet. Varetektsfengsling som prevensjonshandling er aktuelt der det er fare for at den siktede vil begå nye straffbare handlinger. Varetektsfengsling ut fra prevensjonsformålet har likhetstrekk med særreaksjoner som har som mål å hindre at en gjerningsmann begår nye overtredelser samt fengselsstraff som tar sikte på å hindre gjentakelse av den straffbare handling under frihetsberøvelsen. Slike reaksjoner ilegges imidlertid ved dom, mens varetektsfengsling er et foreløpig tiltak som ilegges ved kjennelse. Idet varetektsfengsel gjennomføres i fengsel før man er dømt for et lovbrudd betegner Bratholm slik fengsling for å ha "karakteren av en antepert strafferettslig reaksjon".¹³³

¹³³ Se Bratholm (1957,)s. 140.

Ønsket om å unngå bevisforspillelse, flukt eller gjentakelse av lovbrudd har gitt direkte utslag i straffeprosesslovens bestemmelser om varetektsfengsling, se § 171 (1) nr. 1-3. Jeg vil som nevnt komme tilbake til disse bestemmelsene i pkt. 5.3, men før det vil jeg i neste punkt se nærmere på ulike mulige formål ved varetektsfengsling som ikke er anerkjente.

5.2.2 Ikke anerkjente formål

Bruken av varetektsfengsling har vært kritisert for at reglene åpner for at varetektsfengsling kan ivareta også andre formål enn de som er anerkjente. Bratholm¹³⁴ påpeker at det ikke bare er lett å bruke fengslingsreglene med andre formål enn de anerkjente, det er også av mange grunner nærliggende å anta at domstolene faktisk gjør det, i det også de ikke anerkjente formål for fengsling tilgodeser en viktig samfunnsoppgave: å oppklare forbrytelsen og å bekjempe kriminalitet. De ikke anerkjente formål springer altså ut fra det overordnede (anerkjente) målet med varetektsfengsling. For å si det med Bratholms ord: ”Målet er anerkjent av rettsordenen – midlene ikke”.¹³⁵

Bratholm (1957) antar at muligheten, og dermed også sannsynligheten for å bruke et rettsinstitutt med andre formål enn de offisielt anerkjente, er større jo mer anvendelsen av instituttet beror på skjønn. Varetektsreglene er, som vi skal se, i stor grad preget av et slikt skjønn: Er det grunn til skjellig mistanke? Er det grunn til å frykte unndragelse? Er det grunn til å frykte gjentakelse?

Fengsling kan fremme etterforskningen. Dette skjer ved at siktede vil være tilgjengelig for avhør, konfrontasjon og lignende til enhver tid. Det synes klart at det for politiet og påtalemyndigheten er en fordel å ha siktede til stede hele tiden; slik kan de spare seg bryet med innkallelser og de slipper ”unødvendige” forsinkelser ved å måtte vente på at siktede møter opp. Likedan vil frihetsberøvelsen kunne virke som et press på siktede for

¹³⁴ Ibid. s. 143.

¹³⁵ Ibid. s. 143.

å tilstå. Hvor den som er varetektsfengslet tilstår, vil tilståelsen fremme straffens formål ved at saken oppklares. Tilståelse vil også forenkle saksbehandlingen betydelig og dermed spare både politi og domstoler for mye arbeid.¹³⁶ Hvorvidt fengsling evner å fremkalle en tilståelse fra siktede vil blant annet variere med siktelsens art, siktedes personlighet og hans kriminelle fortid. Det er antatt at en som tidligere ikke har vært fengslet lettere vil føle seg presset av en varetektsfengsling og derfor lettere vil tilstå enn en som tidligere har vært fengslet.¹³⁷ Jevnt over er det grunn til å tro at barn er mer sårbare enn voksne. Dette er et forhold som kan tilsi at mindreårige er mer mottakelige for påvirkning enn voksne. Samtidig er sjansen for at man ikke tidligere har vært fengslet større jo yngre en er. Til sammen tilsier dette at det er grunn til å tro at en varetektsfengslings evne til å fremkalle tilståelse fra siktede vil øke jo yngre siktede er. Særlig problematisk er det selvfølgelig der en fremkalt tilståelse er uriktig. Det finnes flere eksempler på at personer som har sittet i langvarig varetekt har avgitt falske tilståelser.¹³⁸ Varetektsfengslings evne til å få siktede til å tilstå gjør imidlertid ikke i seg selv frihetsberøvelsen rettstridig, ei heller at politiet er klar over at varetektsfengsling er egnet til å fremkalle tilståelse.

Et annet formål som ikke er anerkjent er gjengjeldelse. Bratholm¹³⁹ antar at gjengjeldelseshensynet neppe spiller stor rolle i spørsmålet om varetektsfengsling på grunnlag av den mer harmløse og dagligdagse kriminalitet. Han antar imidlertid at gjengjeldelse, bevisst eller ubevisst, spiller en vesentlig større rolle ved krenkelse av normer som den enkelte politimann eller dommer anser som vesentlig. Det er neppe slik at gjengjeldelseshensynet spiller en vesentlig rolle ved tyveri eller brudd på legemiddelloven. Når det kommer til lovbrudd som for eksempel seksuelle overgrep mot barn, drap eller andre grove voldsforbrytelser kan man lettere tenke seg at gjengjeldelse kan motivere bruk av varetektsfengsling. Heller ikke et slikt motiv gjør varetektsfengsling dersom lovens vilkår er oppfylt.

¹³⁶ Se f.eks. strpl. § 248 om tilståelsesdom og § 292 om begrenset bevisførsel ved fullstendig tilståelse.

¹³⁷ Se Bratholm (1957), s. 150.

¹³⁸ Se f.eks. <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article416677.ece>.

¹³⁹ Se Bratholm (1957), s. 153.

Varetektsfengsling kan ha som formål å hindre gjentakelse av en straffbar handling og et slikt individualpreventivt formål er anerkjent. Individualprevensjonen har imidlertid en annen side som ikke er anerkjent i forbindelse med varetektsfengsling: å avskrekke lovovertrederen. At varetektsfengsel kan ha denne virkningen er vel neppe omstridt. Dersom fengselstraff kan avskrekke den enkelte må varetektsfengsel som ikke er ulikt en kortvarig frihetsstraff kunne ha samme virkning. Er vilkårene for varetektsfengsling oppfylt er varetektsfengslingen imidlertid ikke rettstridig selv om dommeren også skulle tenke at han ”håper siktede lærer av dette”.

5.2.3 Hensyn som taler mot varetektsfengsling

Varetektsutvalget¹⁴⁰ gikk i sin utredning om varetektsfengsling, NOU 1980:28, grundig gjennom både de hensyn som taler for og mot varetektsfengsling. Min fremstilling av de hensyn som taler mot varetektsfengsling, bygger i hovedsak på fremstillingen i NOU 1980:28.¹⁴¹

Å bli fengslet er det mest vidtgående inngrep en stat benytter mot sine borgere. Dette inngrepet fører til at mennesker fratras sin frihet, sin kontakt med miljø og sine nærmeste og muligheten til å ivareta sine forpliktelser.

Utvalget påpeker at et opphold i varetektsfengsel kan medføre betydelige belastninger, særlig kan dette være konsekvensen hvor isolasjon er brukt. Utvalget peker videre på at innesperring og passivisering kan få spesielt uheldige konsekvenser for unge, som har et særlig kontaktbehov. Langvarig fengsling innebærer en belastning som blir særlig stor først og fremst for ungdom, men også for andre grupper, så som folk med psykiske problemer.

Videre tilsier rettssikkerhetshensyn at man skal være meget tilbakeholdne med bruk av varetektsfengsling. Varetektsfengsling er som nevnt fengsling av en i prinsippet uskyldig person. Det at tvangsmidlet kan brukes uten at den siktede er funnet skyldig i

¹⁴⁰ Oppnevnt ved kgl. resolusjon 9. juni 1975.

¹⁴¹ Se NOU 1980:28, særskilt s. 30-38.

det eller de lovbrudd han mistenkes, for innebærer i seg selv en betydelig svekkelse av borgernes rettsvern. Utvalget uttaler i den forbindelse at ”generelt er det en motsetning mellom de metoder som benyttes ved fengsling og enkelte andre verdier samfunnet ønsker å fremme blant annet gjennom straffesystemet, så som beskyttelsen av den personlige frihet og beskyttelse mot tvang.”¹⁴²

Fengsling rammer ikke bare den fengslede, men også indirekte andre. Dette gjelder den fengsledes familie og andre som har et nært forhold til den som blir varetektsfengslet. På den måten rammes uskyldige parter indirekte. De menneskelige og økonomiske konsekvenser varetektsfengsling kan føre med seg for disse må være et tungtveiende hensyn ved vurderingen av bruk av varetekt.

5.3 De materielle vilkår for varetektsfengsling¹⁴³

Jeg vil her se på de materielle vilkår for å varetektsfengsle, jfr. straffeprosessloven. Det er de samme vilkår som gjelder for å varetektsfengsle barn som for å varetektsfengsle voksne. Disse vil bli behandlet i pkt. 5.3.1 og 5.3.2. I tillegg til de alminnelige vilkårene kommer ett særvilkår for varetektsfengsling av mindreårige. Dette vil bli behandlet i pkt. 5.3.3. I pkt. 5.3.4 vil jeg behandle alternative tiltak til varetektsfengsling, de såkalte varetektssurrogatene.

5.3.1 De ulike fengslingsgrunnlag

Varetekt beslutes av tingretten ved kjennelse. For at varetektfengsling skal kunne beslutes må vilkårene i strpl. §§ 171, 172 eller 173 (2) være oppfylt, se strpl. § 184. I tillegg må grunnvilkåret i strpl. § 170a om forholdsmessighet være oppfylt.¹⁴⁴ Dette er de samme vilkår som må være oppfylt for at mistenkte skal kunne pågripes. Ved varetektsfengsling får man altså en rettslig prøvning av om vilkårene er oppfylt.¹⁴⁵

¹⁴² Se NOU 1980:28, s. 31.

¹⁴³ Jeg vil i denne oppgaven kun gjennomgå de materielle vilkår for å varetektsfengsle. De formelle vilkår for å varetektsfengsle faller utenfor temaet i denne oppgaven.

¹⁴⁴ Dette grunnvilkåret kommer jeg tilbake til i pkt. 5.3.2.

¹⁴⁵ Ved pågrepelse prøves vilkårene som hovedregel ikke rettslig, jfr. strpl. § 175.

Videre er det også et grunnvilkår at formålet med varetektsfengslingen ikke kunne oppfylles ved andre tiltak, som nevnt i strpl. §§ 181 og 188.

5.3.1.1 Varetektsfengsling etter strpl. § 171

For å varetektsfengsle iht. strpl. § 171 er det tre grunnvilkår som må være oppfylt. I tillegg må ett av fire spesielle vilkår i § 171 nr. 1-4 være oppfylt.

Det første grunnvilkår for varetektsfengsling etter § 171 er at en må ha ”*skjellig grunn til mistanke*”. At det må foreligge ”*mistanke*” mot den som skal fengsles tilsier at det må foreligge en viss sannsynlighet for at han har begått handlingen. Mistanken må være begrunnet i omstendigheter som erfaringsmessig skaper sannsynlighet for at siktede har begått handlingen. Sannsynligheten må altså være objektiv. At det må være ”*skjellig grunn*” er i seg selv et nokså ubestemt uttrykk som ikke gir særlig håndfaste holdepunkter. Andenæs sier at ”*skjellig grunn til mistanke er omtrent det samme som god eller rimelig grunn*”.¹⁴⁶ Det er vanskelig å utlede hvor sterk mistanken må være direkte ut fra loven, det er imidlertid klart at mistanken må være av en viss styrke. Det kreves ikke en sikker overbevisning om mistenktes skyld, likevel er ikke hvilken som helst mistanke tilstrekkelig: det må være en vel begrunnet mistanke. Høyesteretts Kjæremålsutvalg godtok i Rt. 1993 s. 1302 lagmannsrettens tolkning av begrepet; ”*at det skal være mer sannsynlig at siktede har begått den straffbare handlingen enn at han ikke har det*”. Dette er et krav om sannsynlighetsovervekt. Dette kravet er imidlertid kritisert i teorien. Hov hevder det vil være rimelig å avstemme sannsynlighetskravet etter hva en risikerer hvis en tar feil, eksempelvis må det, der det er begått flere drap og det er fare for at det vil bli begått flere, kunne varetektsfengsles selv om det bare er 40 % sannsynlighet for at den mistenkte er skyldig. Likedan hevder han at dette kravet til sannsynlighetsovervekt vil passe dårlig der vi har med flere mistenkte å gjøre. Der det er for eksempel 80 % sannsynlig at én av to mistenkte har begått en straffbar handling, vil sannsynligheten for at den enkelte har begått handlingen i seg selv ikke

¹⁴⁶ Se Andenæs (2000), s. 153.

være over 50 %.¹⁴⁷ Etter Hovs syn bør det likevel være anledning til å varetektsfengsle begge. Andenæs gir likedan uttrykk for tvil om kravet om sannsynlighetsovervekt vil bli fastholdt fullt ut dersom saken blir satt på spissen, men påpeker at slike tilfeller i praksis vil være sjeldne.¹⁴⁸ Muligens vil retten løse problemet i begge disse tilfellene ved å uttrykke sterkere overbevisning.

Det neste grunnvilkåret er at mistanken må gjelde en *"handling som ... kan medføre ... straff"*. Dette gjør at en må ha mistanke om at samtlige straffbarhetsvilkår er oppfylt, både de subjektive og de objektive. Ettersom barn under 15 år ikke kan straffes, jfr. strl. § 46, kan de altså heller ikke varetektsfengsles.¹⁴⁹ Barn under 15 år faller som nevnt i kapittel 1 utenfor denne oppgaven. Heller ikke den som var under 15 år i gjerningsøyeblikket kan etter dette varetektsfengsles etter fylte 15 år. Det kreves sannsynlighetsovervekt for at samtlige straffbarhetsbetingelser er oppfylt.¹⁵⁰ Det vil si at kravet om *"skjellig grunn til mistanke"* knyttes til straffbarhetsvilkårene. Både forbrytelser og forseelser faller inn under straffbare handlinger.

Handlingene en er mistenkt for må videre *"medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder"*. Dette er det siste av de tre grunnvilkårene. Ved hjelp av dette vilkåret begrenser loven bruken av varetektsfengsling til de tilfeller hvor den lovstridige handling er av en viss alvorlighetsgrad. De aller fleste forbrytelser har imidlertid en strafferamme på over 6 måneder. På denne måten faller de innenfor anvendelsesområdet til § 171. Det er strafferammen og ikke straffepåstanden eller faktisk straff som avgjør hvorvidt en handling kan *"medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder"*. En vil altså kunne varetektsfengsles selv om en handling i praksis ikke vil bli straffet med mer enn 6 måneders fengsel, det avgjørende er strafferammen. Etter dette blir det i hovedsak forseelser som faller utenfor § 171. Hvor et straffebud særskilt gir adgang til å ilegge bot i tillegg til inntil 6 måneders fengsel, vil dette medføre *"høyere straff enn fengsel i*

¹⁴⁷ Se Hov (1999), s 49-50. Bruk av prosenter for å beregne sannsynlighet i denne typen bevissspørsmål er først og fremst et virkemiddel for å illustrere. Det er vanskelig å si at noe er "80 % sannsynlig".

¹⁴⁸ Se Hov (1999) s. 49 flg., Andenæs (2000), s. 153.

¹⁴⁹ Se Hov (1999), s 51.

¹⁵⁰ Se Bjerke og Keiserud (2001), s.640.

6 måneder”. Hvor bot ikke er nevnt særskilt i straffebudet, men blir ilagt etter strl. § 26a, vil boten imidlertid ikke tas med i vurderingen, slik at en ikke kan varetektsfengsles for handlinger som medfører fengsel i inntil 6 måneder. Dette følger av ordlyden i strl. § 26a (2); *”Den adgang til å kombinere frihetsstraff med bøtestraff som følger av denne paragraf, er uten betydning i forhold til lovbestemmelser som tillegger strafferammen rettslig virkning.”* Det er videre den forhøyede strafferamme som skal legges til grunn der det foreligger spesielle skjerpende omstendigheter eller gjentakelse.¹⁵¹ Likedan er det i forarbeidene til loven¹⁵² lagt til grunn at det er maksimum for den samlede straff som legges til grunn ved sammenstøt av forbrytelser. Denne løsningen er forsøkt uttrykt i loven ved valget av ordlyd *”en eller flere handlinger som ... kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder”*.¹⁵³ Dette vil si at der det begås to lovbrudd med en strafferamme på inntil 6 måneder fengsel, vil dette være *”høyere straff enn fengsel i 6 måneder”*.

De fire tilleggsvilkår for å varetektsfengsle følger av § 171 (1) nr. 1-4. For å varetektsfengsle etter § 171 må minst ett av disse fire tilleggsvilkårene foreligge i tillegg til de tre grunnvilkårene som er omtalt ovenfor. Tilleggsvilkårene gir uttrykk for hvilke formål frihetsberøvelsen kan tjene.

Unndragelsesfare, § 171 (1) nr. 1

Mistenkte kan fengsles dersom *”det er grunn til å frykte for at han vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrdingen av straff eller andre forholdsregler”* jfr. § 171 (1) nr. 1. Det er her tilstrekkelig at det er mulig at siktede vil holde seg skjult i en viss periode, han behøver altså ikke å prøve å unndra seg forfølgning eller straff for alltid for at det skal foreligge unndragelsesfare. Videre er flukt innenlands og til utlandet likestilt. Finner man det sannsynlig at siktede kommer til å reise til utlandet og at han ikke frivillig vil møte under hovedforhandlingen, vil det kunne foreligge unndragelsesfare selv om det er mulig å begjære den siktede utlevert fra det aktuelle landet. Hvor enkelt

¹⁵¹ Se Bjerke og Keiserud (2001), s. 640-641.

¹⁵² Se Ot.prp. nr 53 (1983-84), s. 22.

¹⁵³ Se Innst.O. nr. 72 (1984-1985), s. 4-5.

det vil være å fremme en slik utleveringsbegjæring vil ikke være avgjørende.¹⁵⁴ Faren for at siktede vil skifte identitet ved å ta falsk navn er også tilstrekkelig til å falle inn under fare for unndragelse.¹⁵⁵ Antakelig kan siktede også fengsles etter dette alternativet dersom det er fare for at han tar livet av seg.¹⁵⁶

Bestemmelsen gjelder ”*straff eller andre forholdsregler*”. Alternativet straff avgrenses av strl. §§ 15 og 16. Med ”*andre forholdsregler*” ble det i Straffeprosesslovkomiteens innstilling¹⁵⁷ primært siktet til sikring. Nå¹⁵⁸ må ”*andre forholdsregler*” omfatte overføring til tvunget psykisk helsevern eller tvungen omsorg.¹⁵⁹ Inndragning er ikke nevnt i Straffeprosesslovkomiteens innstilling, og det synes å være en viss uenighet i teorien hvorvidt inndragning faller inn under ”*andre forholdsregler*”.¹⁶⁰

Inndragningsutvalget anså i NOU 1996:21 spørsmålet om hvorvidt unndragelsesfare i forhold til et inndragningskrav ville kunne begrunne fengsling for å være tvilsomt. De foreslo en endring til ”*andre strafferettslige reaksjoner*”. Dette forslaget ble imidlertid senere avvist av Justis- og politidepartementet under henvisning til at det ikke er dokumentert et klart behov for utvidelsen av adgangen til å bruke tvangsmidler.¹⁶¹ Ut i fra dette kan jeg ikke se at spørsmålet om inndragning faller inn under ”*andre forholdsregler*” er avklart.

”*Fare for unndragelse av forfølgning*” omfatter språklig sett ikke bare unndragelse av fullbyrding av straff eller andre rettsfølger som idømmes under hovedforhandling, men

¹⁵⁴ Se Rt. 1999 s.698 jfr. Rt. 1999 s. 790 og s. 2106, Rt. 2002 s. 233, HR-2002-00102.

¹⁵⁵ Se Rt. 1994 s. 1009.

¹⁵⁶ Se Hov (1999), s 54, NOU 1980:28 s. 43-44. Se også Andenæs (2000), s. 156, Bjerke og Keiserud (2001), s. 641.

¹⁵⁷ Se s. 239-240.

¹⁵⁸ Etter lovendring i Lov av 17. januar 1997 nr. 11 om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner) hvor sikringsinstituttet ble opphevet. Loven trådte i kraft 1.1.2002.

¹⁵⁹ Se Andenæs (2000), s. 156, Bjerke og Keiserud (2001), s. 641.

¹⁶⁰ Andenæs (2000), s. 151 nevner ikke inndragning under dette alternativet, mens Matningsdal (1987), s. 548 mener inndragning ikke faller inn under dette alternativet. Motsatt: Bjerke og Keiserud (2001), s 641 og Hov (1999), s 54.

¹⁶¹ Se Ot.prp. nr. 8 (1998-1999), s. 45, Innst. O nr. 50 (1998-1999), s. 12.

unndragelse under alle stadiene av selve straffeforfølgingen, det vil si også under etterforskningen. Dette støttes både av forarbeidene til bestemmelsen og juridisk teori¹⁶², og ble også slått fast i kjennelse avsagt av Høyesteretts Kjæremålsutvalg i Rt. 1999 s. 2106.

At ”*det er grunn til å frykte for*” gir anvisning på en sannsynlighetsvurdering. Det har i teorien vært hevdet at det ikke er nødvendig med sannsynlighetsovervekt men at ”en rimelig” mulighet er tilstrekkelig. Momenter i sannsynlighetsvurderingen vil være hvor nært knyttet mistenkte er til oppholdsstedet, sakens alvorlighetsgrad og hvor lang straff den mistenkte risikerer å bli idømt. Muligens vil også skadevirkningene ved en eventuell flukt tas med i vurderingen.¹⁶³ Hov påpeker at skadevirkningene vil være langt større dersom den siktede vil rømme til Sør-Amerika enn dersom han reiser hjem til mor i Drammen.¹⁶⁴

Bevisforspillelsesfare, § 171 (1) nr. 2

Mistenkte kan også fengsles dersom ”*det er nærliggende fare for at han vil forspille bevis i saken, f.eks ved å fjerne spor eller påvirke vitner eller medskyldige*” jfr.

§ 171 (1) nr. 2. Bestemmelsen nevner de praktisk viktigste formene for bevisødeleggelse eller -forspillelse, oppregningen er imidlertid ikke uttømmende.

Det må foreligge en reell mulighet for å forspille bevis. Forsøk på bevisforspillelse er ikke tilstrekkelig, ”siktede må også ha en viss mulighet til å lykkes med dette”¹⁶⁵. I tillegg må det altså også være en nærliggende fare for at siktede vil benytte denne muligheten.¹⁶⁶ Hvorvidt det foreligger fare beror på en konkret vurdering av de nærmere omstendighetene i saken. Har siktede tilstått og bevisene i saken styrker riktigheten av denne tilståelsen, vil det normalt være liten fare for forspillelse av bevis, i alle fall saker der politiet har sikret seg de vesentligste bevis som kan tenkes å foreligge i saken. I

¹⁶² Se NOU 1980:28 s. 43-44, Bratholm (1957), s. 178, Bjerke og Keiserud (2001) s. 641.

¹⁶³ Se Hov (1999), s 54-55, Bjerke (1986) og Bjerke og Keiserud (2001), s 641.

¹⁶⁴ Se Hov (1999), s. 55.

¹⁶⁵ Se Hov (1999), s. 55.

¹⁶⁶ Se Rt. 1993 s. 128, Rt. 1996 s. 1089, Rt. 1997 s. 87 og s. 1902 og 2001 s. 280.

Rt. 1996 s. 1089 kom Høyesteretts Kjæremålsutvalg til at siktedes mulighet for å tilpasse sin forklaring under straffesaken til de bevis som foreligger, ikke omfattes av begrepet bevisforspillelse.¹⁶⁷ Å påvirke vitner til å endre tidligere avgitte forklaringer omfattes imidlertid klart av ordlyden i bestemmelsen og dette ble også fastslått i Rt. 1993 s. 128. Også etter avsluttet etterforskning og frem til hovedforhandling kan det foreligge fare for bevisforspillelse.¹⁶⁸ Det er ikke et krav at retten konkret må angi hvilken bevisforspillelsesfare som ligger til grunn for bruk av bestemmelsen.¹⁶⁹

Uttrykket "*nærliggende fare for*" tilsier at det kreves større sannsynlighet etter dette alternativet enn alternativet i nr. 1. Det er i teorien antatt at det antakelig må kreves sannsynlighetsovervekt for at bevisforspillelse kan skje. Som under alternativet "*fluktfare*" kan skadevirkningene ved bevisforspillelse være et moment i sannsynlighetsvurderingen; har siktede mulighet til å forspille sentrale bevis, eller er det kun mindre sentrale bevis han har mulighet til å forspille?¹⁷⁰

Loven gir også adgang til å fengsle hvor det er fare for at bevis mot medskyldige går tapt, dette følger av ordlyden: det må være fare for bevisforspillelse "*i saken*". Bevis mot medskyldige vil være en del av "*saken*". Denne adgangen ble inngående diskutert ved revisjonen av varetektsreglene i forbindelse med lovens ikrafttredelse¹⁷¹ idet en slik adgang ligger nært opp til å varetektsfengsle vitner. Begrunnelsen for fortsatt å ha denne adgangen var at tungtveiende etterforskningsgrunner kan tale for varetektsfengsling på grunn av fare for bevisforspillelse i sak overfor medskyldige. Det ble i forarbeidene¹⁷² påpekt at det bør kreves atskillig før fengsling kan finne sted for å hindre bevisforspillelse overfor medskyldige.¹⁷³

¹⁶⁷ Dette er senere lagt til grunn i en flere andre avgjørelser av Høyesteretts Kjæremålsutvalg, se f.eks. HR-1999-00277 og Rt. 2000 s. 343.

¹⁶⁸ Se f.eks. Rt. 1999 s. 1163 og Rt. 2000 s. 522.

¹⁶⁹ Se Rt. 1997 s. 246, Rt 1999 s. 1027 og s. 2020.

¹⁷⁰ Se Hov (1999), s. 55, Bjerke og Keiserud (2001), s. 642.

¹⁷¹ Se NOU 1980:28 s 47-48, Ot.prp. nr. 53 (1983-84) s 26-28, Innst.O. nr 72 (1984-85) s. 6.

¹⁷² Se Innst.O. nr. 72 (1984-85) s. 6.

¹⁷³ Se Andenæs (2000), s. 157. Dette er også lagt til grunn blant annet i Rt. 1994 s. 1336, Rt. 1998 s. 1434 og Rt. 2000 s. 343.

I følge Rt 2001 s. 280 vil fare for unndragelse av vitneplikt ikke være fengslingsgrunn etter bestemmelsen.

Gjentakelsesfare, § 171 (1) nr. 3

Videre kan mistenkte fengsles dersom ”*det antas påkrevd for å hindre at han på ny begår en straffbar handling som kan medføre høyere straff enn fengsel i 6 måneder*”.

Selv om det ikke følger direkte av ordlyden er det antatt i teorien at det må være en viss sammenheng mellom det lovbrudd siktelsen gjelder, og det eller de lovbrudd en frykter vil bli begått.¹⁷⁴ De nye lovbrudd en frykter vil bli begått behøver imidlertid ikke være av akkurat samme slag som det begåtte lovbrudd. I praksis brukes varetektsfengsling på dette grunnlaget først og fremst overfor vinningsforbrytere.¹⁷⁵

Varetektsfengsling på bakgrunn av lovbrudd som ennå ikke er begått var omdiskutert da vår någjeldende straffeprosesslov ble vedtatt.¹⁷⁶ I tillegg til uvissheten om det i det hele tatt kommer til å forekomme noen lovbrudd i fremtiden, kommer det at skyldspørsmålet i det allerede begåtte lovbrudd heller ikke er avgjort.

Også de mulige fremtidige lovbrudd en frykter at den siktede vil begå må kunne medføre en høyere straff enn fengsel i 6 måneder.

Loven sier ingenting om hvor stor faren for at en ny straffbar handling vil bli begått må være. Formuleringen at fengslingen må ”*antas påkrevd for å hindre at han begår en ny straffbar handling*” er ment å gi ”rom for en skjønnsmessig bedømmelse av så vel faregraden og alvorligheten av de fryktede lovbrudd som mulighetene for avvergelse av faren på annen måte”.¹⁷⁷ At fengsling skal være ”*påkrevd*” er et sterkt uttrykk og det er i forarbeidene¹⁷⁸ fremhevet at fengsling etter alternativet i nr. 3 må brukes med stor

¹⁷⁴ Se Hov (1999), s. 55.

¹⁷⁵ Se Hov (1999), s. 55, Andenæs (2000), s. 157.

¹⁷⁶ Se NOU 1980:28 s. 48-52, Ot.prp. nr. 53 (1983-84) s. 28-32.

¹⁷⁷ Se Ot.prp. nr. 53 (1983-1984), s. 164.

¹⁷⁸ Se Innst.O. nr. 72 (1983-1984), s. 7.

varsomhet. Forarbeidene¹⁷⁹ forutsetter at det ligger et strengere krav til sannsynlighet i ordene ”*antas påkrevd for å hindre*”, enn hva som følger av de forgående alternativene. Dette er også lagt til grunn i en lang rekke kjennelser fra Høyesteretts Kjæremålsutvalg.¹⁸⁰ Sannsynlighetskravet må antakelig også avstemmes etter hvor store skadevirkninger de eventuelle nye straffbare handlinger vil føre med seg, slik at sannsynlighetskravet er mindre når det er frykt for en alvorlig forbrytelse enn når det bare er spørsmål om mindre grove forbrytelser.¹⁸¹ Hva som skal til for at fengsling er ”*påkrevd*” varierer. Det kan for eksempel være fare for gjentakelse av kriminalitet av en viss alvorsgrad, eller langvarig eller omfattende kriminell aktivitet som ikke kan stoppes på annen måte.¹⁸²

Om det kan påvises at siktede har vært med på kriminell virksomhet tidligere vil det altså være et vesentlig moment i vurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare. Likevel behøver ikke flere tidligere domfellelser i seg selv å være nok til å konstatere tilbakefallsfare. Det må foretas en helhetsvurdering; sentralt i denne vurderingen vil blant annet kriminalitetens art og hyppighet samt domfeltes livssituasjon være.¹⁸³ Videre vil det være et moment i vurderingen dersom handlingen er et utslag av psykiske avvik, Hov nevner som eksempel der en lovbryster totalt mangler psykologiske sperrer, og påpeker at dette generelt vil gjøre at faren for gjentakelse fremtrer som ganske stor.¹⁸⁴

Anmodning om fengsling, § 171 (1) nr. 4

Det siste alternativet under strpl. § 171 (1) er at mistenkte fengsles fordi ”*han selv begjærer det av grunner som finnes fyldestgjørende*”. Det kan være flere årsaker til at siktede kommer med en slik anmodning: Siktede ønsker å komme bort fra et kriminelt

¹⁷⁹ Se Ot.prp. nr. 53 (1983-1984) s. 164-165 og NOU 1980:28 s. 48 flg., særlig s. 50-51.

¹⁸⁰ Se Rt. 1993 s. 905, Rt 1997 s. 98, s. 1290 og s. 1291, Rt. 1998 s. 1068, Rt 1999 s. 1014 og 1160.

¹⁸¹ Se Hov (1999), s. 56.

¹⁸² Se Andenæs (2000), s. 158.

¹⁸³ Se Rt. 1993 s. 905, Rt. 1997 s. 98, Rt. 1997 s. 1290 og s. 1291 Rt. 1999 s. 1014.

¹⁸⁴ Se Hov (1999), s. 56. For mer om problemstillingene i forhold til å predikere fremtidige lovbrudd, se Løvlie, særlig s. 78-83.

miljø eller et rusbelastet miljø, han kan trenge tak over hodet og regelmessige måltider, eller han kan frykte reaksjoner fra medskyldige. Årsakene må imidlertid *”finnes fyldestgjørende”*, det er altså ikke tilstrekkelig at siktede trenger tak over hodet for at vilkåret i § 171 (1) nr. 4 er oppfylt. Ettersom varetekt vil komme til fradrag i en frihetsstraff, jfr. strl. § 60, kan en siktet som er sikker på at han vil bli idømt ubetinget fengselsstart komme i gang med soningen dersom han ønsker det ved å anmode om fengsling. At siktede selv må *”begjære det”* tilsier at det ikke er tilstrekkelig med hans samtykke til fengsling: det må foreligge en positiv begjæring fra ham.¹⁸⁵

5.3.1.2 Varetektsfengsling etter strpl. § 172

Strpl. § 172 utvider adgangen til fengsling overfor den som er mistenkt for en særlig grov forbrytelse: *”Når noen mistenkes for*

a) en forbrytelse som kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, eller forsøk på en slik forbrytelse, eller

b) en forbrytelse mot straffeloven § 228 annet ledd annet alternativ jf. § 232, § 229 annet straffealternativ jf. § 232, eller § 229 tredje straffealternativ,

kan han pågripes såfremt det foreligger tilståelse eller andre forhold som i særlig stor grad styrker mistanken, selv om vilkårene i § 171 ikke er oppfylt. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på om det er egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet dersom den mistenkte er på frifot. Forhøyelse av maksimumsstraffen på grunn av gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser kommer ikke i betraktning.”

De spesielle vilkår i § 171 nr. 1-4 må etter ordlyden i bestemmelsen ikke foreligge for å fengsle på grunnlag av denne bestemmelsen. Til gjengjeld er sannsynlighetskravet skjerpet i § 172. Fengsling etter § 172 blir gjerne omtalt som *”rettshåndhevelsesarrest”* og bestemmelsen ble inntatt i straffeprosessloven med tanke på de tilfeller hvor det kan oppfattes *”støtende mot den alminnelige rettsbevissthet”* at en som er siktet for grove forbrytelser slippes fri i påvente av en rettssak.

¹⁸⁵ Se Andenæs (2000), s. 158.

Det må ”foreligge tilståelse eller andre forhold som i særlig grad styrker mistanken” for å kunne fengsle etter § 172. Sannsynlighetskravet er altså betydelig skjerpet: det er ikke nok med sannsynlighetsovervekt. I Rt. 1992 s. 423 uttaler Kjæremålsutvalget under henvisning til forarbeidene at ”det må foreligge atskillig mer enn skjellig grunn til mistanke. Det må foreligge en meget sterk sannsynlighet for at siktede er skyldig.” Skjerpelsen av kravet går ikke bare på spørsmålet om siktede har utført gjerningen, men på hele spørsmålet om skyld; siktede må kunne straffes for å kunne fengsles. Kravet om særlig sterk mistanke gjelder etter dette samtlige straffbarhetsvilkår.¹⁸⁶

For å kunne fengsle etter strpl. § 172 må mistanken som gir grunnlaget for fengslingen videre gjelde ”en forbrytelse som kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer, eller forsøk på en slik forbrytelse”, se bestemmelsens bokstav a, eller så må det være en forbrytelse mot et av straffebudene oppregnet i bokstav b. Bokstav b dekker de grove voldsforbrytelser som har en strafferamme på under 10 år. Disse forbrytelsene er altså også antatt å være av en slik art at det kan anses støtende mot den alminnelige rettsbevissthet at siktede går fri. Det følger direkte av lovens ordlyd at man i disse tilfellene ikke skal ta hensyn til forhøyelse av maksimumsstraffen på grunn av gjentakelse eller sammenstøt av forbrytelser. De typiske tilfeller hvor man kan fengsle etter § 172 er drap, voldtekt eller grovt ran.¹⁸⁷

Varetektsfengsling etter § 172 er likevel ikke obligatorisk selv om vilkårene i bestemmelsen er oppfylt; ”Fengsling kan besluttes”. Dette gjelder også for de øvrige bestemmelsene om varetektsfengsling. Det skal alltid vurderes hvorvidt en varetektsfengsling er et uforholdsmessig inngrep jfr. strpl. § 170a, se nedenfor. For fengsling etter § 172 må avgjørelsen stemme med begrunnelsen for bestemmelsen: er det en forbrytelse som er egnet til å skape en slik reaksjon hos allmennheten som den tok sikte på å motvirke? Andenæs fremholder at bestemmelsen i praksis anvendes i flere tilfeller enn dette og han er kritisk til denne praksisen idet man på denne måten tolker

¹⁸⁶ Se Rt. 1994 s. 648, Rt. 1996 s. 439 og Rt 1999 s. 297.

¹⁸⁷ Se Andenæs (2000), s. 160.

begrepet (*"egnet til å støte allmennhetens rettsfølelse eller skape utrygghet"*) i en annen og videre betydning enn hva som var ment ved innføringen av bestemmelsen.¹⁸⁸

Bestemmelsen har også blitt kritisert idet den kan sies å være en innrømmelse av gjengjeldelsesforestillingene i samfunnet. Like fullt var det enighet om å opprettholde bestemmelsen ved revisjonen av varetektskapitlet i forbindelse med straffeprosesslovens ikrafttredelse.¹⁸⁹

5.3.1.3 Varetektsfengsling etter strpl. § 173 (2)

Når den mistenkte *"ikke vites å ha fast bopel i riket, eller når det er grunn til å frykte at han ved flukt til utlandet vil unndra seg forfølgningen eller fullbyrding av straff eller andre forholdsregler"* kan han varetektsfengsles etter strpl. § 173 2. ledd.¹⁹⁰ Ved fengsling etter denne bestemmelsen behøver man ikke å ta hensyn til straffens størrelse.

Det må foreligge fare for *"flukt"* for å kunne fengsle etter denne bestemmelsen. Dette er et snevrere begrep en *"unndragelse fra forfølgning"*, se strpl. § 171 (1) nr. 1. At en fremmedarbeider reiser fra landet når arbeidsforholdet opphører eller at en turist reiser hjem fra ferien når den er slutt er ikke *"flukt"*. Bestemmelsen vil etter dette først og fremst få betydning for utlendinger som har begått lovbrudd under oppholdet i Norge. Det er forutsatt i forarbeidene til bestemmelsen¹⁹¹ at man som regel bør nøye seg med bruk av fengslingssurrogater, slik som beslaglegging av pass eller førerkort.

5.3.2 Forholdsmessighetsprinsippet i strpl. § 170a

Selv om de materielle vilkår for å varetektsfengsle er oppfylt jfr. strpl. § 184 (2) jfr. §§ 171, 172 og 173 (2), er varetektsfengsling ikke obligatorisk. Varetektsfengsling skal

¹⁸⁸ Ibid. s. 161.

¹⁸⁹ Se NOU 1980:28 s. 52-54, Ot.prp. nr. 53 (1983-84), s. 33, Andenæs (2000), s. 161.

¹⁹⁰ Den utvidete adgangen til pågrep av den som *"treffes på fersk gjerning og ikke avstår fra den straffbare virksomhet"* etter strpl. § 173 (1) gir imidlertid ikke adgang til varetektsfengsling idet strpl. § 184 (2) ikke henviser til denne bestemmelsen.

¹⁹¹ Se Ot.prp. nr. 53 (1983-84). s. 25-26.

alltid vurderes opp mot forholdsmessighetsprinsippet i § 170a. Dette prinsippet gjelder generelt i strafferettspleien, men er altså uttrykkelig nedfelt i § 170a i forhold til tvangsmidlene.

Strpl. § 170a inneholder to grunnvilkår for at et tvangsmiddel skal kunne benyttes: *”Et tvangsmiddel kan bare brukes når det er tilstrekkelig grunn til det. Tvangsmidlet kan ikke brukes når det etter sakens art og forholdene ellers ville være et uforholdsmessig inngrep.”*

Retten må etter dette, for det første, vurdere om det er tilstrekkelig grunn til å bruke varetektsfengsel, jfr. bestemmelsens første punktum. I denne vurderingen skal det ses hen til om andre tiltak er tilstrekkelig.¹⁹² For bruk av varetektsfengsel er det i strpl. §§ 181 og 188 oppstilt alternativer til illeggelse av varetektsfengsling. Det følger av strpl. § 170a 1. punktum at varetektsfengsel ikke kan ilegges der et alternativ etter disse bestemmelsene vil være tilstrekkelig til å ivareta formålet med varetektsfengslingen.

Retten må videre, for det annet, vurdere hvorvidt varetektsfengslingen vil være et uforholdsmessig inngrep, jfr. bestemmelsens annet punktum. Det er prinsippet om at denne vurderingen skal foretas som er betegnet som forholdsmessighetsprinsippet.

Bestemmelsens første punktum gir uttrykk for en hensiktsmessighetsbegrensning ved bruk av et straffeprosessuelt virkemiddel. Her vil det altså være en begrensning av bruk av varetektsfengsling. Annet punktum er en ren forholdsmessighetsvurdering. Vi ser altså at bestemmelsens første punktum har en selvstendig betydning ved siden av bestemmelsens annet punktum, selv om det er en nær sammenheng mellom dem.¹⁹³

Vurderingstemaet etter § 170a annet punktum er *”sakens art og forholdene ellers”*. Ut i fra dette må man blant annet ta hensyn til inngrepets karakter.

Forholdsmessighetsprinsippet gjelder for illeggelse av alle tvangsmidlene. Jo mer inngripende et tvangsmiddel er, jo mer skal det etter dette prinsippet til for å benytte

¹⁹² Se Bjerke og Keiserud (2001), s. 635.

¹⁹³ Se Andenæs (2000), s. 149.

dette tvangsmidlet. Varetektsfengsling er av de mest inngripende tiltak staten benytter ovenfor sine borgere.¹⁹⁴ Jeg vil komme tilbake til hva det innebærer å bli varetektsfengslet i pkt. 5.4.

Videre må en kunne ta hensyn til alle opplysninger om siktedes sosiale og personlige forhold. Siktetes alder vil etter dette være en viktig omstendighet. Fengsel generelt og varetektsfengsling spesielt vil ofte være en enda sterkere belastning på mindreårige enn det vil være for voksne. At en blir varetektsfengslet vil ofte komme brått på den som blir siktet i en sak; en får ikke den samme mulighet til å forberede den mindreårige på hva som skjer, hva frihetsberøvelsen innebærer. I tillegg kommer uvissheten om hvor lenge en må sitte i fengsel. Dette er momenter som tilsier at å sitte varetektsfengslet er en sterkere belastning enn å sone en fengselsstraff.

Andre relevante momenter i forholdsmessighetsvurderingen vil være sykdom og arbeidssituasjon. I tillegg kommer sakens alvor og omfang, hvor godt begrunnet mistanken er, utvist skyld, forventet straff, hvor lang tid som må antas å gå til hovedforhandling holdes osv.¹⁹⁵ Forholdene frihetsberøvelsen skjer under er også av betydning. Må den siktede for eksempel sitte i glattcelle er dette av betydning. Forhold som i enda sterkere grad taler mot at siktede blir varetektsfengslet for en tid vil være om siktede risikerer å miste arbeidet, og av den grunn kan få vanskeligheter med for eksempel å betale gjeldsforpliktelser, eller om han vil få avbrutt skolegang eller annen form for utdanning. Det siste vil være særlig aktuelt der siktede er mindreårig. Et annet relevant moment er hensynet til siktedes familie. Forholdsmessighetsprinsippet gjelder generelt, ikke bare i forhold til uforholdsmessighet mot siktede selv.¹⁹⁶ For mindreårige vil det antakelig først og fremst være forhold på foreldre og søskens side som kan tilsi at varetektsfengsling ikke er et forholdsmessig inngrep. Slike forhold kan for eksempel være alvorlig sykdom i familien som tilsier at den siktede bør være ved den sykes side.

¹⁹⁴ Jeg vil komme tilbake til forholdsmessighetsprinsippet i forhold til bruk av restriksjoner mot mindreårige i varetekt i pkt. 7.3.5.

¹⁹⁵ Se f.eks. Rt. 1994 s. 937, Rt. 1998 s. 1068 og Rt. 2000 s. 1426, og s. 1713.

¹⁹⁶ Se Bjerke og Keiserud (2001), s. 636-637.

Fortsatt frihetsberøvelse kan være uforholdsmessig selv om det ikke opprinnelig var uforholdsmessig å varetektsfengsle siktede. Spørsmålet om varetektsfengsling er uforholdsmessig (og også spørsmålet om det er tilstrekkelig grunn til å bruke varetektsfengsling) kan altså endre seg under sakens gang.¹⁹⁷

I en situasjon der det er åpenbart at den varetektsfengslede er i ferd med å sitte lengre i varetekt enn han ville bli dømt til å sone, vil fortsatt varetektsfengsling være uforholdsmessig. Det kan eksempelvis være der tiden for ordinær prøveløslatelse nærmer seg, eller er i ferd med å bli oversittet. Dette vil være et sentralt moment ved vurderingen av om fortsatt varetektsfengsling vil være uforholdsmessig.¹⁹⁸

Strpl. § 185 siste ledd er et utslag av at spørsmålet om forholdsmessighet kan endre seg under sakens gang: *”Finner retten på noe tidspunkt at etterforskingen ikke fremmes med tilstrekkelig hurtighet, og at fortsatt varetektsfengsel ikke er rimelig, skal retten løslate siktede.”* Det samme kan sies om § 187a: *”Den som er fengslet, skal løslates så snart retten eller påtalemyndigheten finner at grunnen for varetektsfengsling er falt bort, eller når fengslingsfristen er gått ut.”*

Som vist er det en sammensatt vurdering som skal foretas etter strpl. § 170a, der flere ulike forhold spiller inn. At den siktede er mindreårig vil klart spille inn i denne vurderingen. Dette kommer i tillegg til det særskilte vilkåret for varetektsfengsling av mindreårige, se strpl. § 174 jfr. § 184 (2). Dette vilkåret vil bli drøftet nedenfor.

5.3.3 Det særskilte vilkåret for varetektsfengsling av mindreårige

For mindreårige er det et særskilt vilkår for varetektsfengsling i strpl. 184 (2) jfr. § 174: *”Personer under 18 år bør ikke pågripes hvis det ikke er særlig påkrevd.”*

¹⁹⁷ Se Andenæs (2000), s. 149.

¹⁹⁸ Se Bjerke og Keiserud (2001), s. 636-637.

Adgangen til varetektsfengsling av mindreårige er også regulert i påtaleinstruksen¹⁹⁹ (påt.instr.) § 9-2 (1): *"Personer under 18 år bør ikke pågripes eller begjæres varetektsfengslet hvis det ikke er særlig påkrevet. For personer under 16 år bør det i stedet for fengsling forsøkes andre tiltak, f.eks. midlertidig plassering i egnet institusjon under barnevernet, når det er adgang til det."*

Felles for strpl. § 174, jfr. § 184 (2) og påt.instr. § 9-2 er at pågrepelse og varetektsfengsling må være *"særlig påkrevd"*. Spørsmålet blir etter dette hva som ligger i *"særlig påkrevd"*?

I både straffeprosessloven og påtaleinstruksen er standarden at varetektsfengsling av mindreårige ikke *"bør"* skje, med mindre det er *"særlig påkrevd"*. Det er naturlig å forstå ordlyden i bestemmelsene: *"særlig påkrevd"* som en streng standard. Dette utgangspunktet modereres imidlertid noe ved at varetektsfengsling ikke *"bør"* ilegges.

Selv om ordlyden gir anvisning på at det er en streng standard som settes for varetektsfengsling av mindreårige, er det vanskeligere å lese ut av ordlyden hva som faktisk ligger i at varetektsfengsling er *"påkrevd"*. Forarbeidene til strpl. § 174 sier ingenting om hva som ligger i begrepet. I Rt. 1996 s. 983 peker Høyesteretts kjæremålsutvalg på at *"det nettopp er de særlige påkjenninger varetektsfengsel normalt utsetter unge mennesker for, som er utgangspunktet for de vurderinger som må gjøres etter § 174 annet ledd"*.²⁰⁰ Utover dette foreligger det lite praksis fra Høyesterett å bygge på i forståelsen av hva som ligger i *"særlig påkrevd"*. Jeg antar likevel at en i en vurdering av om varetektsfengsling er *"særlig påkrevd"* vil se hen til både det mistenkte lovbruddets grovhet og hvorvidt det foreligger muligheter for alternative tiltak.

I HR-2004-01845-U pkt. 13 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg seg om forholdet mellom barnekonvensjonen artikkel 37 (b) og strpl. § 174: *"Etter konvensjonens artikkel 37*

¹⁹⁹ Forskrift av 28. juni 1985 nr. 1679.

²⁰⁰ Etter lovendring ved lov av 3. desember 1999 nr. 82 ble strpl. § 174 første ledd opphevet til fordel for ny § 170a. Her tilsvarer dermed § 174 annet ledd dagens § 174.

bokstav b skal intet barn ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet. Pågripelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn skal skje på lovlig måte, og skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom. Denne forpliktelsen er i straffeprosessloven ivaretatt gjennom § 174, jf. § 184, om at personer under 18 år ikke bør varetektsfengsles med mindre det er særlig påkrevd.” Dette vil si at man i en vurdering av hva som er ”særlig påkrevd” må foreta de samme vurderinger som følger av barnekonvensjonen art. 37 (b). Jeg kommer tilbake til barnekonvensjonen art. 37 (b) i pkt 6.2.

5.3.4 Alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårige - varetektssurrogater

Varetektsfengsling kan ikke skje med mindre formålet med varetektsfengsling ikke blir oppfylt med andre tiltak, jfr. strpl. § 184 (2).²⁰¹ Jeg vil her se på hvilke andre tiltak loven åpner for.

5.3.4.1 Alternative tiltak til varetektsfengsling i straffeprosessloven

I følge strpl. § 184 (2) skal det vurderes hvorvidt formålet med varetektsfengsling kan oppnås med andre tiltak etter strpl. § 188: *”I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om forføyning som nevnt i § 181, eller om sikkerhetsstillelse ved kausjon, deponering eller pantsettelse.*

I stedet for fengsling kan retten treffe beslutning om plassering i institusjon eller kommunal boenhet. Slik plassering kan bare skje dersom institusjonen eller kommunen samtykker. Retten kan beslutte at siktede som er psykisk utviklingshemmet og antas å være utilregnelig, skal plasseres i en fagenhet for tvungen omsorg, jf. straffeloven § 39 a. Når den siktede skal oppholde seg i institusjon eller kommunal boenhet, kan retten fastsette at den siktede skal kunne holdes tilbake der mot sin vilje og hentes tilbake ved unnvikelse, om nødvendig med tvang og med bistand fra offentlig myndighet. Reglene i §§ 181, 185 og 187 gjelder tilsvarende.”

²⁰¹ Det samme følger av strpl. § 170a, se pkt. 5.3.2.

Første ledd kan synes noe upraktisk, men ble beholdt i den nye straffeprosessloven. I forarbeidene til denne ble det lagt vekt på at ”sikkerhetsstillelse kan være en rimelig løsning i særegne tilfelle”.²⁰² Der ble det også presisert at ”det er selvsagt at retten ikke kan løslate siktede mot sikkerhetsstillelse når den vesentlige grunn for fengslingen er faren for at han vil forspille bevis”.

Annet ledd åpner for plassering i institusjon eller kommunal boenhet. For mindreårige er det særlig plassering etter barnevernloven som er aktuell. Slik plassering kan imidlertid bare skje ”dersom institusjonen eller kommunen samtykker”. At plasseringen er betinget av kommunens samtykke vil i stor grad medføre at plasseringen er betinget av at det finnes hjemmel for den i barnevernloven. Dette skyldes to forhold. For det første vil slik plassering innebære bruk av tvang ovenfor den mindreårige. Slik bruk av tvang er klart innenfor legalitetsprinsippets område og behøver derfor hjemmel. For det andre vil kostnadene ved plasseringen overføres fra kriminalomsorgen til ansvarlig for institusjonen.²⁰³

Tredje ledd i § 188 viser blant annet til strpl. § 181. Første ledd i denne paragrafen omhandler fengslingssurrogater: ”*Påtalemyndigheten kan unnlate pågrepelse eller løslate den pågrepne, mot at han lover å fremstille seg for politiet til bestemte tider eller ikke å forlate et bestemt oppholdssted. Det samme gjelder når mistenkte samtykker i andre vilkår, så som innlevering av pass, førerkort, sjøfartsbok, fartsbevis eller liknende. Løftet eller samtykket skal gis skriftlig.*” Fremstilling for politiet med jevne mellomrom eller forbud mot å forlate et bestemt oppholdssted vil kunne benyttes hvor det foreligger gjentakelsesfare, jfr. strpl. § 171 (1) nr. 3, men vil også muligens i enkelte tilfeller kunne benyttes hvor det foreligger unndragelsesfare, jfr. strpl. § 171 (1) nr. 1 og bevisforspillelsesfare, jfr. strpl. § 171 (1) nr. 2. Innlevering av pass, førerkort, sjøfartsbok, fartsbevis el. vil kunne benyttes hvor det foreligger unndragelsesfare, men også der det foreligger gjentakelsesfare, for eksempel der det er fare for gjentakelse av forbrytelser som forutsetter bruk av motorvogn eller skip. Det kan vanskelig tenkes at

²⁰² Se Ot.prp. nr. 35 (1978-1979).

²⁰³ Som hovedregel vil ansvarlig for barnevernets institusjoner være kommunen, se barnevernloven § 2-1 (1), jfr. § 2-3.

slik innlevering vil kunne benyttes der hvor det foreligger bevisforspillelsesfare. For mindreårige vil det først og fremst være innlevering av pass som er praktisk.

Som vist er plassering av mindreårige i institusjon eller boenhet, jfr. strpl. § 188 (2), først og fremst aktuelt gjennom barnevernet. Jeg vil derfor i det følgende se på hvilke alternative tiltak til varetektsfengsling barnevernloven åpner for.

5.3.4.2 Alternative tiltak til varetektsfengsling i barnevernloven

Bvl. § 4-24 åpner for plassering og tilbakehold i institusjon uten eget samtykke:

”Et barn som har vist alvorlige atferdsvansker

- ved alvorlig eller gjentatt kriminalitet,

- vist alvorlige atferdsvansker eller

- på annen måte

kan uten eget samtykke eller samtykke fra den som har foreldreansvaret for barnet, plasseres i en institusjon for observasjon, undersøkelse og korttidsbehandling i opptil fire uker, eller i den kortere tid som er fastsatt i vedtaket. Ved nytt vedtak kan plasseringstiden forlenges med opptil fire nye uker.”

Bvl. § 4-24 (2) åpner for mer langvarig behandling og plassering i opptil tolv måneder samtykke fra den mindreårige selv eller den som har foreldreansvaret. I følge § 4-24 (4) skal *”Et vedtak etter første og annet ledd kan bare treffes dersom institusjonen faglig og materielt er i stand til å tilby barnet tilfredsstillende hjelp sett i forhold til formålet med plasseringen.”*

Som alternativ til varetektsfengsling er det vedtak etter første ledd som er aktuelt. Med hjemmel i denne bestemmelsen kan den mindreårige plasseres i institusjoner for korttidsbehandling.

Det aktuelle kriteriet for plassering i institusjon som alternativ til varetektsfengsling er:

”Et barn som har vist alvorlige atferdsvansker... ved alvorlig eller gjentatt

kriminalitet” I forarbeidene til barnevernloven²⁰⁴ uttales det: ”Med ”alvorlig

²⁰⁴ Se Ot.prp. nr. 44 (1991-1992), s. 14.

kriminalitet” i første ledd menes i første rekke de tilfelle hvor det foreligger volds- eller sedelighetsforbrytelse av alvorlig karakter. Ved ”gjentatt” kriminalitet er blant annet tenkt på de tilfelle hvor vedkommende har gjort seg skyldig i serier av tyverier eller hærverk.” Plassering i institusjon skal imidlertid være motivert ut fra barnets behov for hjelp. Det forutsettes i forarbeidene²⁰⁵ at det ikke er barnevernets oppgave å verne samfunnet mot unge lovbyggere: ”Heller ikke skal det være barneverntjenestens oppgave å beskytte samfunnet mot barn med atferdsproblemer. Utvalget gir uttrykk for at en slik sammenblanding vil skape uklare retningslinjer omkring hjelpeapparatets målsettinger, både for den ansatte og for klienten. Dette vil kunne vanskeliggjøre arbeidet, ikke minst arbeidet med å skape et tillitsforhold mellom behandler og klient. Samtidig som en slik sammenblanding av målsettinger også lett vil kunne føre til mer omfattende tvangsbruk enn strengt nødvendig.” Dette gjør altså at det er de formål barnevernet skal ivareta i forhold til barnet, og ikke de formål retten skal ivareta ved varetektsfengsling, som er avgjørende for om alternative tiltak etter barnevernloven kan benyttes. Retten kan dermed ikke bestemme over barnevernet.

De øvrige kriteriene i bestemmelsen kan likevel tenkes benyttet dersom disse er oppfylt og kriteriet om ”*alvorlig eller gjentatt kriminalitet*” ikke er oppfylt. Dersom den siktede har ”*vist alvorlige atferdsvansker*” kan plassering i institusjon benyttes som alternativ til varetektsfengsling. Enhver bruk av rusmidler vil ikke være relevant. Det er i forarbeidene²⁰⁶ forutsatt et omfattende misbruk både i omfang og tid.

Videre kan ”*alvorlige atferdsvansker ... på annen måte*” åpne for at plassering i institusjon benyttes i stedet for varetektsfengsling. I følge Ofstad og Skar²⁰⁷ kan ikke kriminalitet og rusmisbruk som ikke kvalifiserer for bruk av bestemmelsens første og andre strekpunkt være grunnlag for anvendelse av tredje strekpunkt. De uttaler: ”Det samme må gjelde dersom atferdsproblemene består i ”litt kriminalitet” og ”litt rusmisbruk”. Atferdsproblemer ”på annen måte” fanger imidlertid opp de mer

²⁰⁵ Ibid. s. 59.

²⁰⁶ Se Ot.prp. nr. 44 (1991-1992), s. 114.

²⁰⁷ Se Ofstad og Skar (1999), s. 172-173.

sammensatte problemer, som også vil kunne ha i seg elementer av kriminalitet og rusmisbruk uten at lovens kriterier på disse punktene isolert sett er oppfylt”.

Dette viser at det finnes alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårig, som tvangsplassering i annen institusjon, i barnevernloven. Jeg antar at plassering i andre institusjoner enn fengsel vil være mindre belastende for den mindreårige, og at slike institusjoner kan tilby en bedre oppfølging av den enkelte mindreårige.

Spørsmålet videre blir så i hvilken grad retten kan benytte seg av disse alternative tiltakene. Fremgangsmåten for plassering i institusjon etter barnevernloven § 4-24 er beskrevet i § 4-25: *”Før det blir gjort et vedtak etter § 4-24 første og annet ledd, skal barneverntjenesten vurdere om det i stedet bør settes i verk hjelpetiltak etter § 4-4. Barneverntjenesten skal også planlegge og sette i verk de hjelpetiltak som er nødvendige som oppfølging av institusjonsoppholdet. Et vedtak etter § 4-24 første og annet ledd skal treffes av fylkesnemnda etter reglene i kapittel 7. Midlertidig vedtak kan treffes av barnevernadministrasjonens leder og av påtalemyndigheten. § 4-6 annet, fjerde og femte ledd gjelder tilsvarende. Barneverntjenesten kan la være å sette vedtaket i verk om forholdene tilsier det. Fylkesnemnda skal varsles om dette. Er vedtaket ikke satt i verk innen seks uker, faller det bort.”* At beslutningsmyndigheten ligger til barnevernet er som nevnt presisert i strpl. § 188: *”plassering kan bare skje dersom institusjonen eller kommunen samtykker”*.²⁰⁸

Dette gjør at retten ikke kan overprøve barnevernets beslutning. Det ligger som nevnt andre formål til grunn for barnevernets tiltak etter barnevernloven. Jeg antar likevel at også barnevernet vil strekke seg langt i å unngå bruk av varetektsfengsling av mindreårige. Barnevernet er likefullt bundet av de hjemler de er gitt til å foreta et slikt inngrep som tvangsplassering av den mindreårige også er. Dersom barnevernet kommer

²⁰⁸ Selv om påtalemyndigheten kan treffe midlertidige vedtak etter § 4-24 (1) og (2) vil dette være lite praktisk der spørsmålet om varetektsfengsling kommer for retten, idet varetektsfengslingen vil være begjært av påtalemyndigheten.

til at de ikke kan beslutte tvangsplassering av den mindreårige vil det i mange tilfeller ikke foreligge andre alternative tiltak til varetektsfengsling av den mindreårige.

Videre er det et aktuelt spørsmål i vurderingen av bruk av tvangsplassering eller tilbakehold etter barnevernlovens bestemmelser, hvorvidt slik bruk sperrer for senere straff. Spørsmålet om tvangsplassering etter bvl. § 4-24 er dobbelstraff kom opp i Høyesteretts kjennelse i Rt. 2003 s. 1827. På grunn av lovbruddets karakter i den aktuelle saken ble tvangsplassering etter bvl. 4-24 (2) å anse som en straffereaksjon som sperret for senere straffesak om samme forhold. Saken gjaldt her et grovt ran som den tvangsplasserte hadde erkjent. Annenvoterende bemerker videre, på vegne av flertallet, at *”selv om plassering i institusjon etter barnevernloven - ut fra formålet med plasseringen – ikke skulle bli ansett som straff ut fra inngrepets innhold og alvor alene, er en slik institusjonsplassering et så sterkt inngripende tiltak at det i kombinasjon med vilkåret om alvorlig eller gjentatt kriminalitet etter mitt syn nokså klart må anses som straff på grunnlag av den kumulative effekt av grunnlaget for inngrepet og inngrepets innhold og alvor”*. Muligens vil tvangsplassering etter 4-24 (2) også kunne sperre for en senere straffesak også der lovbruddets karakter ikke er like alvorlig som i denne saken. Tvangsplassering etter bvl § 4-24 (2) gjelder mer langvarig behandling enn det som kan ilegges etter første ledd. Bvl. § 4-24 (1) gjelder korttidsbehandling, og der slik korttidsbehandling benyttes som et surrogat for varetektsfengsling, jfr. strpl. § 188, må behandlingen anses som et tvangsmiddel og ikke straff. Selv om også varetektsfengsling er svært inngripende anser jeg det ut fra dette som klart at bruk av tvangsplassering etter 4-24 (1) ikke sperrer for illeggelse av straff på et senere tidspunkt.

Et annet aktuelt spørsmål er spørsmålet om bruk av tvangsplassering eller tilbakehold etter barnevernlovens bestemmelser vil føre til fradrag i en eventuell senere straffedom. I følge strl. § 60 skal en fellende dom inneholde bestemmelse om at den som har vært *”undergitt frihetsberøvelse i anledning av saken”* skal få *”hele denne tid [brakt] til fradrag i straffen”*. Det vil si at tvangsplassering etter barnevernlovens bestemmelser vil gi varetektsfradrag på linje med varetekt.

5.4 Hva innebærer det å være varetektsfengslet?

Varetektsfengsling er som nevnt et svært omfattende inngrep i den enkeltes frihet, og svært belastende for den det gjelder. ”Inngrepets karakter” er et av momentene i den forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter strpl. § 170a, før varetektsfengsling kan ilegges. For å foreta denne forholdsmessighetsvurderingen er det etter mitt syn viktig å forstå hva som ligger i det å være varetektsfengslet. Hvilken ”karakter” har dette inngrepet? For å forstå dette må en se nærmere på hva det innebærer for den siktede å bli varetektsfengslet. I dette avsnittet vil jeg derfor både se på hvordan oppholdet i varetekt er regulert rettslig, se pkt. 5.4.1. I tillegg vil jeg også se på hvordan varetektsfangene selv opplever varetektsoppholdet, se pkt. 5.4.2.

5.4.1 Den rettslige reguleringen av varetektsoppholdet.

Oppholdet i varetekt er regulert av straffegjennomføringsloven²⁰⁹ (strgjl.).

Varetektsoppholdet er særskilt regulert i lovens kapittel 4.

Den varetektsfengslede bør, dersom det er ”*praktisk mulig*”, plasseres i nærheten av hjemstedet, ”*med mindre hensynet til etterforskningen eller den siktedes forsvar taler i mot det*”, se § 47 (1). En varetektsfange kan ”*ikke uten eget samtykke pålegges å dele rom med andre, med mindre helsemessige forhold eller plasshensyn tilsier det*”, se § 47 (3). Han kan ikke pålegges å delta i arbeid, opplæring, program eller andre tiltak, men har så langt det er ”*praktisk mulig*” adgang til å delta i slike aktiviteter. Han kan pålegges å ”*bidra til nødvendig renhold og annet husarbeid i fengslet*”, se § 49. Videre kan han bruke egne penger når det er ”*forenlig med ro, orden og sikkerhet i fengslet*”. Retten til bruk av egne penger kan begrenses dersom den innsatte deltar i fellesskap med andre innsatte, se § 50. Han har videre ”*mulighet til å motta besøk av og la seg behandle av sin egen lege eller tannlege dersom det er rimelig grunn til det*”.

Etter strgjl. § 52 gjelder ”*for øvrig... bestemmelsene i denne lov så langt det er forenlig med beslutninger om restriksjoner eller isolasjon etter straffeprosessloven §§ 186 og 186a*”.

²⁰⁹ Lov om gjennomføring av straff mv. 18. mai 2001 nr 21.

Strgjl. § 52 inneholder imidlertid noen unntak: Varetekten kan ikke gjennomføres i institusjon (§ 12), i mindre restriktivt fengsel (§ 15) eller utenfor fengsel (§ 16).

Varetektsfanger kan heller ikke gis frigang (§ 20), permisjon fra fengselet (§ 33, se også § 36), straffavbrudd (§ 35, se også § 36) eller prøveløslatelse (§§ 41-45). Dette er unntak som strammer inn friheten til den varetektsinnsatte i forhold til fanger som soner fengselsstraff, ved at han fratas muligheten til "lettere soningsforhold". Han fratas også muligheten til avbrekk i soningen, noe som kan "lette litt på trykket" for en innsatt.

Ifølge formålsbestemmelsen i § 2 skal kriminalomsorgen *"ved varetektsfengsling ... legge forholdene til rette for å avhjelpe negative virkninger av isolasjon"*. Dette er utdypet i § 46 (2): *"Kriminalomsorgen skal prioritere tiltak for å avhjelpe negative virkninger av isolasjon etter straffeprosessloven § 186 annet ledd og § 186a"*.

Straffegjennomføringsloven gir ingen særskilte regler i forhold til mindreårige som er fengslet; verken mindreårige som er varetektsfengslet eller mindreårige som soner fengselsstraff. I forskrift til lov om straffegjennomføring²¹⁰ er det på et enkelt punkt særregler for innsatte som er under 18 år; det er i forhold til helseundersøkelser og behandling av innsatte, se § 3-16 (2): *"Hvis innsatte er under 18 år skal tilsatte formidle kontakt med helsetjenesten så snart som mulig etter innsettelsen."*

Varetektsoppholdet er altså i stor grad lovregulert, og disse lovbestemmelsene er som vist preget av at de overlater en stor del av reguleringen til et vidt skjønn.

5.4.2 Opplevelsen av å være varetektsfengslet

I dette punktet vil jeg gi en kortfattet fremstilling av hvordan fangene *selv* opplever det å være varetektsfengslet. Fremstillingen bygger på "Varetektsfanger forteller", som er en omarbeidet og forkortet versjon av Finstad og Gjetviks kvalitative undersøkelse av

²¹⁰ Se forskrift av 22. februar 2002 nr. 183.

varetektfengslinger fra 1978.²¹¹ Hva det faktisk innebærer å være varetektsfengslet og hvordan dette oppleves er, som nevnt, av betydning for den forholdsmessighetsvurderingen som skal foretas etter § 170a.²¹²

Finstad og Gjetvik har i sine intervju gått grundig inn på fengslingsforholdene. Jeg antar at dette er de forhold som i størst grad er endret i løpet av de 25 årene siden undersøkelsen ble foretatt, og vil derfor i langt mindre grad komme inn på disse forholdene her. Jeg vil i stedet fokusere på selve opplevelsen av å være varetektsfengslet. Selv om en muligens skulle tro at hvordan den enkelte opplever det å være varetektsfengslet vil variere mellom de enkelte innsatte, ut i fra et spenn av faktorer, konkluderer Finstad og Gjetvik med at varetektsfanger opplever fengslingen nokså likt.²¹³ De oppsummerer opplevelsen av å være varetektsfengslet slik: ”Varetektsoppholdet setter dype spor, og oppleves ikke som ”mildere” enn annen type fengsling. Mye tyder på at varetekt tvert om oppleves som verre enn for eksempel en ubetinget dom. Fangenes svar trekker klart i den retningen. ”Varetekt er ti reiser verre enn dom” som en uttrykte det.”²¹⁴ Finstad og Gjetvik forsøker deretter å si noe om hvorfor varetektsoppholdet oppleves slik. Det fremheves at varetektsfengslingen gjerne kommer uten forhåndsvarsel, slik at sjansen til å forberede seg er liten. Plutselig blir man stilt ovenfor umyndiggjørende og tvangspregede rutiner. Videre innebærer varetektsfengsling en uvisshet; ” Riktignok kan varetektsfanger i likhet med sin kollega soningsfanger telle dager – men han/hun kan ikke telle dem ned. Avslutningen er uvis

²¹¹ 51 varetektsfanger ble i undersøkelsen intervjuet om deres egne erfaringer om hvordan det er å sitte i varetekt. Undersøkelsen ble foretatt etter initiativ fra Varetektsutvalget og skulle tjene som diskusjonsgrunnlag i utvalgets arbeid. Dette arbeidet ledet til slutt til NOU 1980:28. Selv om undersøkelsen i dag er over 25 år gammel og det er foretatt en rekke lovendringer både i reglene om varetektsfengsling i strpl. og i reglene om varetektsopphold ved vedtakelsen av strgj., antar jeg at fangenes beskrivelser av sin hverdag i 1977 til dels også i dag er representativ for varetektsfangers opplevelse av å være fengslet. Dette er den eneste grundige beskrivelse av norske varetektsforhold (sett fra den fengsledes side) jeg har klart å finne.

²¹² Se pkt. 5.3.2.

²¹³ Se Finstad og Gjetvik (1980), s. 108.

²¹⁴ Ibid. s. 107.

– en fengslingsfrist kan forlenges”. De innsatte opplever i tillegg varetekt som spesielt urettferdig, fordi de mener at det finnes alternativer.

Finstad og Gjetvik siterer Goffman²¹⁵: ”Ved innlemmelsen i den totale institusjonen trer fangen inn i en rekke ydmykelser, krenkelser, nedverdigelser. Krenkelsene kan være store, og de kan være små.”²¹⁶ Selv sier Finstad og Gjetvik dette: ”Anbringelsen har en altomfattende karakter. Døgnrytmen er kontrollert ned til minste detalj – når fangen skal spise, sove, lufte, bade, få besøk, arbeide og ha fritid er fastlagt i detaljerte fengsels- og ordensreglementer. Alt er planlagt slik at institusjonens offisielle mål – å holde fangen i varetekt – blir oppfylt. Hensynet til fengslets orden og sikkerhet er det viktigste.”²¹⁷

Et stort antall varetektsfanger opplever fengslingen som en psykisk belastning. I Finstad og Gjetviks undersøkelse er det bare to av 51 fanger som sier at de ikke har problemer med nerver eller søvn. Begge disse fangene skiller seg særskilt ut fra resten: ” Den ene var en førstegangsinnsatt 20-åring som var apatisk til alt som skjedde, også til dette. Den andre var en mann i midten av 30-åra, som sa han var vant til å leve isolert etter flere sesonger på hvalfangst.”²¹⁸ Finstad og Gjetvik refererer flere steder til hvordan mindreårige opplever varetektsfengslingen. De skildrer opplevelsen med nokså sterke uttrykk. En 16-åring som ble intervjuet uttrykker det slik: ”23 timer på cella, det er jævlig, rett og slett. Nervene går helt klikk her inne ... angsten kommer, særlig når jeg ligger og skal sova, føler at det kommer noen. Får ikke ro, blir så redd da”²¹⁹ Det å være deprimert eller nervøs hører også med til erfaringene fra et varetektsopphold. En ”unggutt” i Finstad og Gjetviks undersøkelse forteller at han må sove med lyset på, han

²¹⁵ Sosiolog, utga i 1961 boken ”Anstalt og mennesker”. Boken regnes som et svært sentralt verk innen den delen av sosiologien som kalles institusjonssosiologi.

²¹⁶ Se Finstad og Gjetvik (1980), s. 105.

²¹⁷ Ibid. s. 104.

²¹⁸ Ibid. s. 83.

²¹⁹ Ibid. s. 82-83.

tør ikke være alene i mørket. ”En annen føler det slik når han sitter på cella: ”Tror det er folk bak meg og sånn”. Han var 14 år.”²²⁰

Finstad og Gjetvik forsøker å si noe om hvorfor fangene har psykiske problemer, og lar en av fangene svare: ”Det kommer av oppholdet her, symptomene viser seg raskere i fengslet, og det er ikke så lett å finne utspreddelse for å døyve angsten.”²²¹ Videre uttaler forfatterne: ”En del har selvsagt problemer også når de er ute av fengslet, men det kommer fram i intervjuene at problemene da tar en mildere form. Problemene både oppstår og forsterkes av det å sitte i fengsel. Der stilles en ansikt til ansikt med monotonien, ensomheten. En stilles overfor mangelen på inntrykk og stimulanser.”²²²

At fengsel i seg selv er belastende for den innsatte er anerkjent. Finstad og Gjetvik viser i sin undersøkelse at varetektsfengsling er mer belastende, særlig på grunn av uvissheten den innsatte må leve med. Enda mer belastende er varetektsfengsling med restriksjoner. Belastningen med varetektsfengsel i seg selv og varetektsfengsel med bruk av restriksjoner øker ytterligere når den fengslede er mindreårig. Dette gjør at de inngrep jeg i det følgende skal drøfte må ses på som svært inngripende ovenfor den det gjelder.

5.5 Kritikken av varetektsfengsling i Norge

5.5.1 Kort om debatten i Norge

Debatten om bruk av varetektsfengsling går langt tilbake i tid. Jeg skal ikke her gi noen uttømmende oversikt over debatten, men vil kun å gi en kort fremstilling av noen av hovedmomentene i debatten.²²³

²²⁰ Ibid. s. 84. Den kriminelle lavalder var 14 år på tidspunktet da undersøkelsen ble foretatt. Den kriminelle lavalder ble hevet til 15 år ved lov av 12. juni 1987 nr. 5. Etter dagens regler ville ikke vedkommende sittet i varetekt.

²²¹ Ibid. s. 85.

²²² Ibid. s. 86.

²²³ For en kortfattet oversikt over kritikken, se NOU 1980:28 s.17-19.

Det hadde vært meningen å innskrenke bruken av varetektsarrest ved straffeprosessloven av 1887, men allerede ved århundreskiftet kritiserte Getz at det forekom fengsling i omtrent samme utstrekning som før.²²⁴ I 1926 uttalte Castberg at fengsling forekom i unødvendig stor utstrekning.²²⁵ Bratholm retter i sin doktoravhandling fra 1957 sterk kritikk mot bruken av varetektsfengsling; han hevdet at det fengsles i påfallende stor utstrekning og at varetektstiden gjennomgående var uforholdsmessig lang.²²⁶

Mathiesen har i de siste tiår rettet søkelyset mot det han mener er uforsvarlig bruk av fengsel, og da særlig overfor ungdom. I ”skjellig grunn til mistanke?”²²⁷ beskriver Mathiesen forholdet mellom partene i fengslingsprosessen. Han går her igjennom flere ulike aspekter av forhørsrettsbehandlingen.²²⁸ Her vil jeg kun skissere et par av problemstillingene han drøfter. Mathiesen påpeker at behandlingen i forhørsretten er ”preget av usedvanlig liten grundighet”.²²⁹ Dette begrunner han med at det brukes kort tid pr. sak, kjennelsene er i stor grad preget av standardisering av begrunnelsen, noe som forsterkes av innføringen av ny teknologi.²³⁰ Videre kritiserer han at forhørsretten i liten grad er flink til å lete etter konstruktive løsninger; å finne andre alternativer til varetektsfengslingen²³¹; Mathiesen påpeker at det er en ”helt systematisk mangel på initiativ fra domstolenes side i retning av å ta opp mulige alternativer”.²³² Mathiesen hevder videre at det ikke er urimelig å benytte uttrykket ”automatikk” om fengslingsbehandlingen; når politiet har begjært varetektsfengsling eller bruk av

²²⁴ Se NOU 1980:28 s. 17.

²²⁵ L.c.

²²⁶ En del av Bratholms kritikk av bruken av varetektsfengsling er gjengitt i pkt 5.2.

²²⁷ Boken er en rapport fra et rettsosilogisk prosjekt om domstolene som særlig bygger på observasjoner fra ca. 60 forhørsrettsbehandlinger, de fleste varetektsbehandlinger, i Oslo byrett i 1987-88.

²²⁸ Forhørsrettsbehandling tilsvarer dagens behandling i tingretten av spørsmålet om varetektsfengsling. Betegnelsen ble endret ved lov av 30. august 2002 nr. 67 om endringer i rettergangsgivningen m.m. (bortfall av funksjonsbetegnelser på domstolene m.m.).

²²⁹ Se Mathiesen (1989), s. 36.

²³⁰ Ibid. særlig s. 36-53.

²³¹ Ibid. særlig s. 61-76.

²³² Ibid. s. 63.

restriksjoner får de i et stort flertall av tilfellene fullt medhold av retten.²³³ Mathiesen gjengir i den forbindelse en sak med spørsmål om forlenget varetekt der den siktede var fylt 18 år i løpet av fengslingen. De samme tendensene viste seg i denne saken på tross av den siktedes unge alder.²³⁴

Bruken av varetektsfengsling synes altså å ha vært en del av den generelle kriminalpolitiske debatt med jevne mellomrom det forrige århundret. Denne høsten²³⁵ har debatten om varetektsfengsling til dels blusset opp igjen; denne gangen med fokus på bruk av varetektsfengsling av mindreårige etter at en 15 år gammel gutt har vært fengslet i over 20 uker.²³⁶ Idet denne saken pr. i dag er en av to saker som er behandlet av Høyesteretts kjæremålsutvalg etter at barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk rett, er den flere steder behandlet i denne oppgaven.²³⁷

5.5.2 Kritikken fra internasjonale organer

I Barnekomiteens rapport fra 1992 gjennomgår komiteen det strafferettslige og det straffeprosessuelle regelverket for mindreårige.²³⁸ Komiteen nevner kun kort varetektsfengsling; mindreårige kan kun bli pågrepet og varetektsfengselet dersom særskilte omstendigheter tilsier det.²³⁹ Senere konkluderer komiteen med at bestemmelsene er tilstrekkelige til å forhindre at mindreårige blir umenneskelig eller nedverdiggende behandlet: “ The current provisions are considered adequate to ensure that children are not subjected to inhuman or degrading treatment or punishment.”²⁴⁰ Det synes imidlertid som denne vurderingen først og fremst viser tilbake til de

²³³ Ibid. særlig s. 91-93.

²³⁴ Ibid. særlig s. 96-99.

²³⁵ Høsten 2004.

²³⁶ Se blant annet <http://www.p4.no/txo/138166.asp>,
<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article927615.ece>,
<http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=257360>.

²³⁷ Se HR-2004-01845-U, saksnr. 04-069622KST-BORG/04, 04-074733KST-BORG/04, 04-055130ENE-OTIR/05, 04-068701ENE-OTIR/09.

²³⁸ Se pkt 430-440.

²³⁹ Se pkt. 432 c.

²⁴⁰ Se pkt. 439.

bestemmelsene som er omtalt i det samme punktet. Dette punktet omtaler spørsmålet om straffeutmåling. Barnekomiteen synes altså ikke å gå inn på en vurdering av varetektsbestemmelsene. Komiteens raske behandling av varetektsbestemmelsene og manglende kritikk av denne tilsier at den også finner varetektsbestemmelsene å være i samsvar med barnekonvensjonen art. 37 (a). Bruken av varetekt omtales heller ikke i Barnekomiteens oppsummerende rapport.²⁴¹

I Barnekomiteens rapport fra 1998²⁴² henviser komiteen kun til Norges rapport til komiteen. I den oppsummerende rapporten bemerker komiteen at Norge må forsikre at barnets beste er det primære hensyn i straffesaker der mindreårige er tiltalt. Bemerkningen synes imidlertid i hovedsak å være gitt i forhold til illeggelse av fengselsstraff til mindreårige.

Langt skarpere kritikk for bruken av varetektsfengsling har Norge fått fra Europarådets torturkomité (CPT).²⁴³ CPT har flere ganger har kritisert ulike forhold ved Norges bruk av varetektsfengsling. Etter komiteens første besøk i Norge, i 1993, var det særlig to forhold komiteen kritiserte: At varetektsfanger ble holdt i politiarrest over lengre tidsrom og bruken av isolasjon av varetektsfanger. Komiteen kom også med flere anbefalinger til forbedringer av forholdene i fengsel.

I 1997 foretok CPT et ad-hoc besøk til Norge for å se om kritikken fra 1993 var fulgt opp. De fant da at bruken av politiarrest over lengre tidsrom til dels hadde bedret seg i Oslo, mens komiteen fant situasjonen i Bergen uakseptabel. Bruken av isolasjon ble også kritisert i denne rapporten.

²⁴¹ Se [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.23.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.23.En?OpenDocument).

²⁴² Se [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.126.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.126.En?OpenDocument).

²⁴³ CPT er opprettet i medhold av Den europeiske konvensjon om forebygging av tortur og umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff av 1987. Komiteen undersøker hvordan personer som er berøvet friheten blir behandlet, se artikkel 1. Komiteen skal forebygge misbruk. Komiteen er ikke bundet av materielle konvensjoner men henviser til både konvensjoner, internasjonale organer og internasjonal rettspraksis. Komiteen gir heller ikke lovpålegg til konvensjonsstatene, men gir i stedet anbefalinger og råd for å oppnå dialog med statene. Se CPTs rapport til Norge, september 1994 s. 10.

Det siste besøket fra CPT til Norge så langt var i 1999. I rapporten fra dette besøket²⁴⁴ viser CPT til retningslinjer fra Riksadvokaten som slår fast at varetektsfanger skal overføres fra politiarrest til fengsel innen 24 timer etter at fengslingskjennelse er avsagt, og at dette skal følges opp av aktor i saken. Komiteen fant at disse retningslinjene i de fleste tilfeller ble fulgt, noe de anså som positivt, men bemerket at myndighetene må fortsette å følge opp at personer ikke blir holdt i politiarrest mer enn for en kortest mulig periode.

I forhold til fengslene gikk kritikken fra CPT på to hovedpunkter: Forholdene for varetektsfanger som var ilagt restriksjoner, det vil i hovedsak si ulike former for isolasjon og de medisinske forholdene i fengslene. Kritikken mot bruken av isolasjon vil jeg komme nærmere innpå i pkt. 7.5.

FNs Torturkomité²⁴⁵ har i sine to siste oppsummerende rapporter²⁴⁶ først og fremst uttrykt bekymring for Norges bruk av isolasjon av varetektsfengslede. Jeg vil som nevnt gå nærmere inn på denne kritikken i pkt. 7.5. Ut over denne kritikken har Torturkomiteen sluttet seg til CPTs kritikk av bruken av politiarrest over lengre tid.

Som vist i dette kapitlet er varetektsfengsling av mindreårige et svært inngripende tiltak ovenfor den som fengsles. Vilklårene for å varetektsfengsle mindreårige er de samme som for å varetektsfengsle voksne, med tillegg av et særvilkår. Disse vilklårene er preget av et vidt skjønn. I tillegg skal det alltid skje en vurdering av forholdsmessigheten av fengslingen. Det skal også skje en vurdering av om det kan benyttes varetektssurrogater i stedet for fengsling. I det neste kapitlet vil jeg drøfte hvorvidt barnekonvensjonen oppstiller ytterligere begrensinger av varetektsfengsling av mindreårige, enn disse som følger av straffeprosessloven.

²⁴⁴ Se <http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2000-15-inf-eng.pdf>.

²⁴⁵ Opprettet i medhold av FN's torturkonvensjon artikkel 17. Statene har rapporteringsplikt jfr. artikkel 19

²⁴⁶ Rapportene fra 1997 og 2000. Se <http://www.cpt.coe.int/documents/nor/1997-11-inf-eng.pdf> og <http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2000-15-inf-eng.pdf>.

6 Nærmere om varetektsfengsling og barnekonvensjonen

I dette kapitlet vil jeg se på hvilke begrensninger barnekonvensjonen innebærer for varetektsfengslingen av mindreårige. Innfører konvensjonen et absolutt forbud mot varetektsfengsling? Hvis ikke, kan man utlede ytterligere vilkår i tillegg til straffeprosesslovens vilkår for å varetektsfengsle mindreårige ut fra konvensjonen?

6.1 Innfører barnekonvensjonen et absolutt forbud mot varetektsfengsling av mindreårige?

Det første spørsmål som oppstår når en skal vurdere de norske reglene om varetekt opp mot barnekonvensjonen, er hvorvidt mindreårige overhodet kan varetektsfengsles.

Det er intet i konvensjonen som tyder på at det skal eksistere et absolutt forbud mot varetektsfengsling av mindreårige. Ordlyden i art. 37 (b) 1. punktum sier at *"intet barn [skal] ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet."* Det er uten videre klart at varetektsfengsling er en frihetsberøvelse. Det forutsettes likevel i den videre teksten at frihetsberøvelse i form av varetektsfengsling er tillatt så fremt den er hjemlet i lov: *"Pågrepelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn skal skje på lovlig måte"* Slik hjemmel for varetektsfengsling finner vi, som vist ovenfor, i strpl. §§ 170-173, jfr. § 184.

Heller ingen av de øvrige menneskerettighetskonvensjonene setter noe forbud mot varetektsfengsling, verken av barn eller voksne. SP omhandler varetektsfengsling i art. 9 (1): *"Enhver har rett til frihet og personlig sikkerhet. Ingen må utsettes for vilkårlig arrest eller annen vilkårlig frihetsberøvelse. Ingen må berøves friheten uten av slike grunner og i overensstemmelse med slik fremgangsmåte som er fastsatt i lov."* Se likedan EMK art. 5 (1) bokstav b: *"Ingen må bli berøvet sin frihet unntatt i følgende tilfelle og i samsvar med en framgangsmåte foreskrevet ved lov: ... lovlig pågrepelse eller frihetsberøvelse av en person for å stille ham for den kompetente rettslige myndighet på grunn av rimelig mistanke om at han har begått en straffbar handling,*

eller når det er rimelig grunn til å anse dette nødvendig for å hindre ham i å begå en straffbar handling eller i å flykte etter å ha gjort det”

Det er altså slik at verken barnekonvensjonen eller andre konvensjoner har noe totalforbud mot fengsling av barn; internasjonal rett har ennå ikke nådd stadiet hvor statene er rede til å akseptere et slikt absolutt forbud. Likevel er det antatt at trenden i internasjonal rett til en viss grad går i denne retningen, ulike stater begynner nå å akseptere begrensninger i både bruken av fengsling av barn og forkortelse av perioden de kan bli frarøvet sin frihet. Dette står i kontrast til det vide skjønnstatene er gitt i forhold til fengsling av voksne. Bakgrunnen for denne trenden synes å være aksepten av at barn er mer sårbare enn voksne.²⁴⁷

6.2 Hvilke begrensninger på bruken av varetektsfengsling av mindreårige følger av barnekonvensjonen artikkel 37 (b)

Barn kan altså, som vi har sett, varetektsfengsles så fremt dette skjer på lovlig måte. Barnekonvensjonen oppstiller imidlertid enkelte begrensninger i adgangen til å varetektsfengsle i artikkel 37 (b): *”Partene skal sikre at ... intet barn ulovlig eller vilkårlig berøves sin frihet. Pågrepelse, frihetsberøvelse eller fengsling av et barn skal skje på lovlig måte og skal bare benyttes som en siste utvei og for et kortest mulig tidsrom”*

Varetektsfengsling må som nevnt ovenfor skje på *”lovlig måte”*. De materielle vilkår for å varetektsfengsle er gjennomgått i pkt. 5.3 og jeg går ikke inn på disse her.

I det følgende vil jeg se på hva som ligger i at varetektsfengsling kun skal skje som *”siste utvei”* og *”for et kortest mulig tidsrom”*.

²⁴⁷ Se van Bueren (1995) s. 206.

6.2.1 Bruk av varetektsfengsling som "siste utvei".

I følge barnekonvensjonen art. 37 (b) skal "*frihetsberøvelse eller fengsling av barn ... bare benyttes som en siste utvei*". Spørsmålet blir etter dette når varetektsfengsling av barn er "*siste utvei*"?

Denne begrensningen som barnekonvensjonen etablerer i bestemmelsen i art. 37 (b) er den første begrensningen i varetektsfengsling eller fengsling av barn i internasjonal rett. Tidligere var denne begrensningen kun inntatt i ikke-bindende minimumsstandarder slik som Beijing-reglene art. 13 (1): "*Detention pending trial shall be used only as a measure of last resort and for the shortest possible period of time*". Se også art. 17 i the Rules for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty: "*Detention before trial shall be avoided to the extent possible and limited to exceptional circumstances*"

En tilsvarende begrensning som i barnekonvensjonen finner vi ikke i EMK. I følge EMK art. 5 (1) (d) er "*frihetsberøvelse av en mindreårig ved lovlig pålegg ... for å bringe ham for den kompetente rettslige myndighet*" unntatt forbudet mot frihetsberøvelse i art. 5 (1). I følge SP art. 9 (3) "*skal [det] ikke være den alminnelige regel at personer som avventer rettergang skal holdes i varetekt, men løslatelse kan gjøres betinget av garantier for at vedkommende fremstiller seg under rettsforhandlingene, ved ethvert annet trinn av rettergangen og, i påkommende tilfelle, til fullbyrdelse av dommen*". Denne standarden; "*Det skal ikke være den alminnelige regelen*" er ikke like streng som barnekonvensjonens "*bare benyttes som siste utvei*".²⁴⁸ Den strengere standarden i barnekonvensjonen vil også gå foran SP ut fra prinsippet om *lex specialis*.

Jeg vil i det følgende se nærmere på hva det ligger i at varetektsfengsling av mindreårige skal være "*siste utvei*".

²⁴⁸ Ibid. s. 210.

6.2.1.1 Hva ligger i "siste utvei"?

Ordlyden i bestemmelsen; at varetektsfengsling av den mindreårige må være "*siste utvei*", tilsier at varetektsfengsling av mindreårige kun kan skje der hvor andre alternative tiltak ikke kan benyttes i stedet for slik varetektsfengsling.

En tilsvarende forståelse ser det ut til at Barnekomiteen har lagt til grunn under arbeidet med Pakistans rapport til komiteen hvor ett medlem av komiteen uttalte:²⁴⁹ "the expression "as a last resort" in article 37 of the Convention was often misunderstood as referring to children guilty of serious crimes; in fact, it meant that prison could be resorted to only if there was no other way of giving the child the protection it needed. The phrase "for the shortest appropriate period of time" implied that other measures than prison sentences should be sought." Det uttales altså her at det ikke er lovbruddets alvorlighetsgrad det skal legges vekt på når man skal benytte fengsel som "*siste utvei*", men hvorvidt andre alternative tiltak kan benyttes. Uttalelsen viser til spørsmålet om å ilegge mindreårige fengselsstraff og ikke varetektsfengsling. Men ettersom uttalelsen viser til forståelsen av art. 37 (b) vil den samme forståelsen måtte legges til grunn i spørsmålet om varetektsfengsling av mindreårige.

Sett i lys av Beijing-reglene art. 17.1 (c) er imidlertid denne forståelsen av "*siste utvei*" i art. 37 (b) noe underlig; "*Deprivation of personal liberty shall not be imposed unless the juvenile is adjudicated of a serious act involving violence against another person or of persistence in committing other serious offences and unless there is no other appropriate response*". Frihetsberøvelse skal etter denne resolusjonen ikke brukes mot mindreårige med mindre de er dømt for gjentatte grove forbrytelser eller for en grov forbrytelse som inkluderer bruk av vold, og med mindre ikke finnes noen annen utvei. I likhet med Barnekomiteens uttalelse som er vist til ovenfor, omhandler resolusjonen spørsmålet om å ilegge mindreårige fengselsstraff. Likevel er det interessant å se at man på et område som ligger nært varetektsfengslingen også ser hen til lovbruddets grovhet. Dette taler for at lovbruddets grovhet må tas med i vurdering av om varetektsfengsling av den mindreårige er "*siste utvei*".

²⁴⁹ Se Implementation Handbook (1998), s. 496.

Vi ser her at Barnekomiteens uttalelser i forbindelse med Pakistans rapport og Beijing-regelene art. 17 (1) (c) gir grunnlag for ulik forståelse av hva som ligger i "*siste utvei*" etter barnekonvensjonen art. 37 (b). Den rettskildemessige verdien av både uttalelser gitt i forbindelse med komiteens rapportskrivning og ikke bindende resolusjoner er noe begrenset, særlig med tanke på at ingen av dem sier noe direkte i forhold til bruk av varetektsfengsling; begge omhandler bruk av fengselstraff mot mindreårige. Jeg antar imidlertid at en resolusjon gitt av FN må veie tyngre enn Barnekomiteens uttalelser her, særlig med tanke på at uttalelsen kun ble gitt av ett komitemedlem og ikke synes nedfelt i noen rapport. Denne tolkningen; at det må tas hensyn til lovbruddets grovhet ved illeggelsen av varetektsfengsling, støttes av hensynet til forholdsmessighet mellom handling og inngrep.

Dette tilsier at man ved vurderingen av om varetektsfengsling av den mindreårige er "*siste utvei*" må se hen til både om det finnes andre alternative tiltak til slik fengsling, og til lovbruddets grovhet. Jeg antar videre at man i den konkrete vurderingen av om varetektsfengsling er "*siste utvei*" til dels må foreta en samlet vurdering av disse to momentene.

Jeg vil her først se på hva som ligger i spørsmålet om det finnes alternative tiltak og om dette spørsmålet er tilstrekkelig ivaretatt i norsk rett. Deretter vil jeg se på hva det vil si at lovbruddets grovhet må vurderes og likedan hvorvidt dette er tilstrekkelig ivaretatt i norsk rett.

6.2.1.2 Alternative tiltak

I og med at kravet om at varetektsfengsling av mindreårige skal være "*siste utvei*" medfører dette at fengsling kun kan skje der det ikke foreligger alternative tiltak, er det en forutsetning at muligheten til å benytte slike tiltak vurderes. Jeg ser det derfor som klart at vilkåret om at varetektsfengsling bare kan benyttes som "*siste utvei*" stiller et krav om at det må foretas en vurdering av om det kan benyttes slike tiltak i stedet for varetektsfengsling. Det naturlige vurderingstemaet vil være hvorvidt alternative tiltak vil tilgodese formålet med varetektsfengslingen. Spørsmålet blir etter dette om man i

tillegg ut fra dette kan utlede en plikt for staten til å opprette alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårige.

Bestemmelsen i art. 37 (b) må leses i sammenheng med art. 4, 1. punktum:

”Partene skal treffe alle egnede lovgivningsmessige, administrative og andre tiltak for å gjennomføre de rettigheter som anerkjennes i denne konvensjon.” I artikkelens annet punktum legges det til grunn at når det gjelder de økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter kan det tas hensyn til konvensjonsstatenes ressurser, partene skal *”i størst mulig utstrekning innenfor de ressurser de har til rådighet”* treffe tiltak. Art. 37 hører imidlertid klart til de artikkelene i barnekonvensjonen som regnes som sivile og politiske rettigheter. Statene er pålagt å treffe de tiltak som er påkrevd etter disse rettighetene uten et slikt ressursforbehold. Dette tilsier at man ikke kan fri seg fra et minstekrav til de alternative tiltak som må treffes. Konvensjonen pålegger altså partene å treffe tiltak for å oppfylle sine konvensjonsforpliktelser.

Ettersom man må vurdere om det finnes alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårige etter barnekonvensjonen art. 37 (b), forutsetter konvensjonen at det faktisk finnes slike alternative tiltak. Art. 4 i barnekonvensjonen gir dermed grunnlag for å tillegge konvensjonsstatene en plikt til å opprette alternative tiltak til varetektsfengsling.

Hvor vidtgående denne plikten er, må ses i lys av at barnekonvensjonen ikke innfører et absolutt forbud mot bruk av varetektsfengsling av mindreårige, se pkt. 6.1. Det kan ut fra dette ikke utledes en plikt til å utarbeide alternative tiltak for enhver situasjon der mindreårige vurderes varetektsfengslet. En viss plikt må som nevnt likevel foreligge.

Beijing-reglene art. 13 (2) utdyper hva som må ligge i *”siste utvei”* og gir eksempler på alternative tiltak til varetektsfengsling: *“Whenever possible, detention pending trial shall be replaced by alternative measures, such as close supervision, intensive care or placement with a family or in an educational setting or home”*. Bestemmelsen foreligger ikke i offisiell norsk oversettelse. De mulige alternative tiltak bestemmelsen gir anvisning på kan antakelig oversettes i retning av *”tett overvåkning”* eller *”strengt bevoktet tilsyn”* (*”close supervision”*), *”intensiv ivaretagelse”* eller *”oppfølging”* (*”intensive care”*) eller plassering hos en familie, i undervisningssammenheng

(*"educational setting"*) eller institusjon (*"a home"*). I følge de offisielle kommentarene til Beijingreglene²⁵⁰ skal disse begrensningene oppfordre konvensjonsstatene til å foreta nye og innovative tiltak for å unngå varetektsfengsling av mindreårige ut fra hensynet til barnets beste.

For at plikten til å opprette alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårige skal være oppfylt, antar jeg at det må foreligge reelle alternativer til varetektsfengsling. Det vil si at det ikke bare må være opprettet tiltak som kan benyttes i stedet for varetektsfengsling, slike tiltak må også faktisk kunne benyttes. Dette vil eksempelvis ikke være tilfelle der man har opprettet tiltak men disse ikke kan bli benyttet på grunn av ressursårsaker, eller at de alternative tiltak ikke blir benyttet fordi ingen av de tiltak som eksisterer vil oppfylle de formål som varetektsfengsling er ment å oppfylle. I denne forbindelse kan også nevnes at det ikke er tilstrekkelig å opprette alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårige dersom disse ikke kan benyttes av geografiske årsaker. Plikten til å opprette alternative tiltak omfatter naturlig nok hele landet og denne plikten oppfylles ikke dersom man i deler av landet av ulike årsaker ikke kan benytte seg av de opprettede tiltak.

Van Bueren hevder at plikten til å opprette alternative tiltak til frihetsberøvelse impliserer et forbud mot å bruke institusjoner med straffeformål, slik som varetekt, som et substitutt for inadekvate sosialhjelpstilbud.²⁵¹ Det er altså viktig å ha for øye at varetektsfengsling av mindreårige ikke skal fungere som plassering av grupper av mindreårige eller enkeltpersoner som faller utenfor systemet ellers. Dette er for eksempel aktuelt for enslige mindreårige asylsøkere i Norge; ettersom disse gjerne har liten tilknytning til landet ved at de ofte ikke har familie her og heller ikke har statsborgerskap, vil man lett kunne komme til at unndragelsesfaren er stor. Denne gruppen barn er dermed særlig utsatt for varetektsfengsling dersom de skulle bli siktet for lovbrudd. Det er antakelig grunnlag for å hevde at der en gruppe mindreårige på denne måten er særlig utsatt for varetektsfengsling, utvides myndighetenes plikt til å opprette alternative tiltak.

²⁵⁰ Se http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp48.htm.

²⁵¹ Se van Bueren (1995) s. 209.

Plikten til å opprette alternative tiltak må ses i sammenheng med vilkåret om at varetektsfengsling kun skal skje ”for et kortest mulig tidsrom”. Det må innrømmes en viss tid til å iverksette alternative tiltak, for eksempel til å vurdere hva som er det beste alternative tiltaket og til å forberede mottakelse av den siktede. Denne tiden til å iverksette alternative tiltak må imidlertid være innenfor rimelighetens grenser. Det kan ikke være tilstrekkelig at man ikke starter planlegging og opprettingen av institusjoner o.l. før man varetektsfengsler en mindreårig.

Barnekonvensjonen pålegger altså Norge en plikt til å opprette alternative tiltak. Plikten er imidlertid ikke så vidtgående at den dekker enhver situasjon hvor mindreårige vurderes varetektsfengslet. Ut over denne plikten som følger av konvensjonen, er det likevel et nokså vidt tolkningsrom i den nasjonale retten som tilsier at bestemmelsen kan tolkes enda strengere enn det som følger av minstestandarden i folkeretten. Det vil si at norske domstoler, på bakgrunn av barnekonvensjonens bestemmelser, kan komme til at de alternative tiltak straffeprosessloven og barnevernloven åpner for, ikke er tilstrekkelige selv om de eventuelt skulle kunne sies oppfylle minstestandarden i folkeretten. Per i dag er imidlertid dette tolkningsrommet ikke utnyttet, verken av domstolene eller i den juridiske litteratur. Dette tilsier at man i dag mangler tilstrekkelig rettskildemateriale til å si at plikten til å opprette alternative tiltak er strengere i norsk rett enn etter folkeretten.

Hvor det ikke eksisterer alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårige som oppfyller de minstekrav som følger av barnekonvensjonen, vil dette være et konvensjonsbrudd av Norge. Konsekvensen av et slikt konvensjonsbrudd vil være at Barnekomiteen påpeker dette i sin behandling av Norges rapport til komiteen.²⁵²

²⁵² Umiddelbart kan dette synes å være en svært mild reaksjon. Det er likevel viktig å ha for øye at Norge ønsker å oppfylle sine forpliktelser etter barnekonvensjonen og dermed etterstreber å etterkomme Barnekomiteens merknader. Dette er viktig både med tanke på barns rettigheter i Norge, men også fordi Norge ønsker å fremstå som et foregangsland og på den måten påvirke andre land til også å oppfylle sine forpliktelser iht. barnekonvensjonen.

I denne sammenheng er det imidlertid mer interessant hvilken virkning eventuelle manglende alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårige har i den norske domstolsbehandlingen av slike fengslinger. Vil eventuelle konvensjonsbrudd måtte medføre at den siktede ikke kan varetektsfengsles?

Som vist i pkt. 5.3.3 og 5.3.4 er det på det rene at Norge har flere alternative tiltak som kan iverksettes der det er aktuelt å varetektsfengsle mindreårige. Det er således ikke aktuelt å konstatere konvensjonsbrudd på bakgrunn av at det ikke finnes alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårige. Spørsmålet er om de tiltak som er opprettet er av en slik art at de tilfredsstillende plikten til å opprette alternative tiltak.

Barnekonvensjonen oppstiller altså ikke bare en plikt til å vurdere bruk av alternative tiltak i stedet for varetektsfengsling, men også oppstiller en plikt for staten til å opprette slike alternative tiltak. Forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 tyder derfor, etter mitt syn, på at varetektsfengsling ikke kan ilegges; barnekonvensjonen *”skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”*. Mangelfulle alternative tiltak vil være i strid med barnekonvensjonen artikkel 37 (b) jfr. artikkel 4 og varetektsfengsling vil i et slikt tilfelle ikke være *”siste utvei”*. Følgen av dette blir altså at den mindreårige må løslates dersom det ikke er opprettet tilstrekkelige alternative tiltak.

I praksis synes imidlertid ikke denne løsningen å være fulgt; hvorvidt det burde vært alternative tiltak blir ikke vurdert. Eksempelvis kommer Oslo tingrett kjennelse av 25. oktober 2004²⁵³ til at en 15 ½ år gammel gutt ikke bør sitte i varetektsfengsel, men at det ikke finnes noe tilfredsstillende alternativ; barnevernet har ikke noe tilbud til siktede. Siktede ble derfor ilagt fortsatt varetektsfengsling uten at det blir vurdert om man har plikt til å opprette alternative tiltak i dette konkrete tilfellet. Kjennelsen ble opprettholdt av Borgarting Lagmannsrett i kjennelse av 27. oktober 2004.²⁵⁴ Høyesteretts kjæremålsutvalg opphevet kjennelsen,²⁵⁵ men på et annet grunnlag,²⁵⁶ og

²⁵³ Se 04-068701ENE-OTIR/09.

²⁵⁴ Se 04-069622KST-BORG/04.

²⁵⁵ Se HR-2004-01845-U.

heller ikke de tok standpunkt til hvorvidt plikten til å ha alternative tiltak til varetektsfengsling av den mindreårige var tilfredsstilt. Så vidt jeg kjenner til finnes det heller ikke andre tilfeller der mindreårige har blitt løslatt fra varetekt på grunnlag av at det ikke finnes tilstrekkelige alternative tiltak i stedet for varetektsfengsling.

6.2.1.3 Har man tilstrekkelige alternative tiltak til varetektsfengsling av mindreårige etter straffeprosessloven og barnevernlovens bestemmelser?

Som vist i pkt. 5.3.3 og 5.3.4 så har man flere alternative tiltak til varetektsfengsling. Alternative tiltak etter barnvernloven krever imidlertid beslutning fra barnevernet. Idet denne ikke kan overprøves av retten, vil man kunne komme i den situasjonen at man reelt sett ikke har et alternativ til varetektsfengsling, der slike alternativer skulle foreligge. I de tilfellene barnevernet kommer til at de ikke har noe tilbud til den mindreårige er altså domstolene låst. Dette er i bestefall uheldig. At det ikke foreligger reelle alternativer til varetektsfengsling er, som vist ovenfor, også antakelig tilstrekkelig til å konstatere brudd på barnekonvensjonen. Hvorvidt dette er et konvensjonsbrudd må likevel vurderes konkret i det enkelte tilfelle, det kommer an på om varetektsfengsling av den mindreårige ut fra en samlet vurdering er forsvarlig ut fra barnekonvensjonen. I denne vurderingen må det også tas hensyn til varetektsoppholdets varighet og lovbruddets grovhet. I en slik situasjon der domstolene likevel kommer til at de vil varetektsfengsle den mindreårige vil staten bryte sine konvensjonsforpliktelser. Følgen av et konvensjonsbrudd vil være at staten er pliktig til å opprette tilstrekkelige alternative tiltak til varetektsfengsling. Domstolene kan også som vist la manglende alternative tiltak føre til løslatelse i spørsmålet om varetektsfengsling av en mindreårig.

Som vist ovenfor må det i vurderingen av om varetektsfengsling av en mindreårig skal varetektsfengsles både ses hen til om det finnes alternative tiltak og til lovbruddets

²⁵⁶ Lagmannsrettens begrunnelse inneholdt ikke en vurdering av forholdsmessigheten av fortsatt fengsling, noe den burde på bakgrunn siktedes alder og at det var klart at hovedforhandling lå så langt frem i tid at fengsling ville bli begjært flere ganger frem til dette.

grovhet. Jeg vil i det følgende se nærmere på hva det vil si at en må vurdere lovbruddets grovhet.

6.2.1.4 Lovbruddets grovhet

Kravet om at varetektfengsling av mindreårige skal være ”siste utvei” er som vist i pkt. 6.2.1.1 også et krav om at varetektsfengsling av mindreårige kun skal skje der lovbruddet den mindreårige er mistenkt for å ha begått, er av en viss grovhet. Dette gjør at lovbruddets grovhet må vurderes før den mindreårige varetektsfengsles.

Barnekonvensjonen gir ingen anvisning på hvor grovt et lovbrudd må være for at det skal gi grunnlag for varetektsfengsling av en mindreårig. Beijing-reglene art. 17 (1) (c) kan gi en viss veiledning: *“Deprivation of personal liberty shall not be imposed unless the juvenile is adjudicated of a serious act involving violence against another person or of persistence in committing other serious offences and unless there is no other appropriate response”*. Etter denne bestemmelsen skal frihetsberøvelse kun skje der den mindreårige er dømt for en alvorlig forbrytelse som enten innebærer vold mot en annen, eller at den mindreårige er dømt for gjentatte alvorlige forbrytelser og kun der det ikke finnes noen annen utvei. Bestemmelsen retter seg mot bruk av fengselsstraff mot mindreårige, men den kan til en viss grad også si noe om hva som anses som grove lovbrudd i forhold til bruk av varetekt.

Som vist i pkt. 5.3.3 skal varetektsfengsling av mindreårige ikke skje med mindre det er ”særlig påkrevd”, jfr. strpl. § 184 (2) og påt.instr. § 9-2. Som nevnt der antar jeg at en i en vurdering av om varetektsfengsling er ”særlig påkrevd” også vil se hen til det mistenkte lovbruddets grovhet. Verken strpl. § 184 (2), § 170a eller påt.instr. § 9-2 sier imidlertid noe om *hvor* grovt et lovbrudd må være, før mistanke om det kan gi grunnlag for varetektsfengsling. Man vil kunne finne veiledning i praksis og litteratur, men spørsmålet vil bero på en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfelle.

I pkt. 5.3.2 har jeg vist at det også skal skje en forholdsmessighetsvurdering, jfr. strpl. § 170a, før varetektsfengsling kan ilegges. Siktedes alder vil være en viktig faktor i

denne forholdsmessighetsvurderingen, idet varetektsfengsling vil være en sterkere belastning for mindreårige enn for voksne.

6.2.1.5 Er vurderingen av lovbruddets grovhet i straffeprosessloven tilstrekkelig?

Som vist ovenfor gir barnekonvensjonen få anvisninger på hvor grovt et lovbrudd må være for at varetektsfengsling skal kunne ilegges. Vurderingen av lovbruddets grovhet kommer inn ved flere vurderinger i straffeprosessloven; lovbruddets grovhet er både en del av vurderingen i strpl. § 184 (2) og § 170a, samt påt.instr. § 9-2. Dette tilsier at det skal skje en grundig vurdering, og at det skal mer til for å varetektsfengsle barn enn voksne. Likevel skjer det, som vist i pkt. 3.2, varetektsfengslinger av mindreårige på grunnlag av lovbrudd som på langt nær er så alvorlige som det som følger av Beijing-reglene art. 17 (1) (c).²⁵⁷

Selv om det, etter mitt syn, ikke er grunnlag for å si at vurderingen av lovbruddets grovhet ikke er tilstrekkelig i forhold til barnekonvensjonen art. 37 (b), er det antakelig grunnlag for å si at viss justering av kursen kan være på sin plass. Varetektsfengsling av mindreårige skal, i følge barnekonvensjonen art. 37 (b), kun benyttes ved de alvorligste lovbrudd eller ved gjentatt alvorlig kriminalitet. Dette gjør at selv om straffeprosesslovens regler synes å være i samsvar med barnekonvensjonen, kan konvensjonens bestemmelser tilsi en skjerpelse av praksis når det gjelder varetektsfengsling av mindreårige.

I tillegg til kravet om at varetektsfengsling må være *”siste utvei”* følger det også et krav om at varetektsfengsling av mindreårige bare kan benyttes *”for et kortest mulig tidsrom”*. Jeg vil nå se på hva som ligger i dette kravet.

²⁵⁷ Se pkt. 6.2.1.4.

6.2.2 Bruk av varetektsfengsling ”for et kortest mulig tidsrom”

6.2.2.1 Hva er varetektsfengsling ”for et kortest mulig tidsrom”?

I følge barnekonvensjonen art. 37 (b) skal *”frihetsberøvelse eller fengsling av barn ... bare benyttes ... for et kortest mulig tidsrom”*. Spørsmålet en må ta stilling til blir etter dette hvilken begrensning det ligger i begrepet *”et kortest mulig tidsrom”*?

Ordlyden tyder på at det her er tale om en streng standard. I den engelske versjonen heter det at frihetsberøvelse kun kan ilegges *”for the shortest appropriate period of time”*. I utgangspunktet forelå det et forslag om at teksten skulle lyde *”for the shortest possible period of time”*. Dette ble imidlertid nedstemt av Tyskland, Sovjet og Italia.²⁵⁸ Standarden i det nedstemte forslaget var strengere enn det vedtatte forslaget.²⁵⁹

Internasjonal litteratur synes hovedsakelig å fokusere på tidsbegrensningen i art. 37 (b) i forhold til illeggelse av frihetsberøvende straff. Dette gjør at kildematerialet utover bestemmelsens ordlyd er snever og vi har dermed få holdepunkter for hva som ligger i at varetektsfengsling av mindreårige kun skal skje *”for et kortest mulig tidsrom”*. Dette gjør at man foreløpig neppe kan utlede en øvre tidsbegrensning på hvor lenge en mindreårig kan holdes i varetekt. I stedet må spørsmålet bero på en konkret helhetsvurdering i hvert enkelt tilfelle der det er spørsmål om å varetektsfengsle mindreårige.

Kravet om at varetektsfengsling av mindreårige kun skal skje *”for et kortest mulig tidsrom”* synes å henge tett sammen med kravet om at slik varetektsfengsling skal være *”siste utvei”*; man må til enhver tid vurdere hvorvidt varetektsfengsling er nødvendig, finnes det fortsatt ingen andre alternative tiltak som kan ivareta det ønskede formålet i stedet for varetektsfengsling? Ut over dette finner jeg det naturlig å anta at kravet om at varetektsfengsling kun skal skje *”for et kortest mulig tidsrom”* tilsier at spørsmålet om å

²⁵⁸ Se van Bueren (1995), s. 214.

²⁵⁹ L.c.

begrense varetektsfengslingen også må vurderes i det enkelte tilfelle; Har man forsøkt å begrense fengslingsperioden til *"et kortest mulig tidsrom"*?

At varetektsfengsling av mindreårige ikke bør benyttes for lengre tidsrom er det også gitt uttrykk for i flere bestemmelser i straffeprosessloven.

I forhold til tiltale spørsmålet kommer dette til uttrykk i strpl. § 249 (2) 1. punktum: *"Dersom en mistenkt var under 18 år på handlingstiden, skal spørsmålet om tiltale avgjøres innen 6 uker etter at vedkommende er å anse som mistenkt i saken."* Dette kravet modereres imidlertid i neste punktum: *"Tiltale spørsmålet kan likevel avgjøres senere dersom hensynet til etterforskningen eller andre særlige grunner gjør det nødvendig"*. Det er ut fra ordlyden i bestemmelsen noe uklart hvor strengt dette kravet til utsettelse av tiltale spørsmålet er. At det skal *"særlige grunner"* til for å gjøre *"det nødvendig"* å utsette spørsmålet, kan tyde på at det er et strengt krav. At *"hensynet til etterforskningen"* kan gjøre *"det nødvendig"* å utsette tiltale spørsmålet synes imidlertid ikke like strengt. Selv om en forutsetter at retten skal overvåke politiets etterforskning antar jeg at rettens mulighet til å vurdere politiets fremdrift i hvertfall til en viss grad avhenger av politiet og påtalemyndighetenes egne opplysninger om etterforskningen.

I forarbeidene til lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven m.m. (lovtiltak mot barne- og ungdomskriminalitet)²⁶⁰ gis det eksempler på tilfeller der hensyn til etterforskningen tilsier at tiltale spørsmålet kan utsettes: *"Påtalemyndigheten må for eksempel avvente et analyseresultat eller en sakkyndigrapport før tiltale spørsmålet kan avgjøres. Unntaksvis kan også andre grunner enn hensynet til etterforskningen berettigje en utsettelse. Den mistenkte er for eksempel i en så dårlig psykisk forfatning at hensynet til hans psykiske helse tilsier at den formelle avgjørelsen av tiltale spørsmålet utsettes"*. Det kan ut fra forarbeidene synes som det i sær er forhold utenfor politiet selv som kan gjøre at hensynet til etterforskningen tilsier at tiltale spørsmålet; fremskaffelse av analyseresultat er gjerne avhengig av en gitt tidsbruk, likedan må det beregnes en viss tidsbruk for sakkyndige utenfor politiet til å skrive av rapporter. Dette er forhold påtalemyndigheten i svært liten grad kan påvirke.

²⁶⁰ Se Ot.prp. nr. 106 (2001-2002), s. 55.

Det kan synes som om praksis åpner for en noe videre tolkning av strpl.

§ 249 (2) 2. punktum enn eksemplene fra forarbeidene åpner for. I HR-2004-01845-U viser kjæremålsutvalget til tingrettens begrunnelse for at fristen for avgjørelse av tiltalespørsmålet er oversittet: *”Denne fristen er oversittet, men hovedårsaken er at det har tatt tid å få avhørt fornærmede på nytt”*. Lagmannsrettens begrunnelse ble opphevet av kjæremålsutvalget, men dette skyldes andre forhold.²⁶¹ Høyesteretts kjæremålsutvalg synes altså å godta tingrettens tolking av § 249 (2) 2. punktum at også hensyn til etterforskningen som i større grad må kunne sies å kunne påvirkes av påtalemyndigheten²⁶² kan være *”hensyn til etterforskningen [som] gjør det nødvendig”* å overskride 6 ukers fristen for avgjørelsen av tiltalespørsmålet.

I forhold til fastsettelsen av hovedforhandling kommer spørsmålet om lengden av varetektsfengsling av mindreårige til uttrykk i strpl. § 275. I første ledd fastslås fristen for berammelse i tingrett eller lagmannsretten: *”Retten fastsetter så snart som mulig tid og sted for hovedforhandlingen og underretter påtalemyndigheten og forsvareren, samt fornærmedes advokat i saker som nevnt i § 107a. Om ikke særlige forhold er til hinder, skal hovedforhandling berammes senest to uker etter at saken kom inn til tingretten, jf § 262 første punktum, eller anke til lagmannsretten er henvist til ankeforhandling, jf § 325. Annet ledd fastslår fristen for avholdelsen av hovedforhandlingen:*
”Hovedforhandling skal avholdes så snart som mulig. Om ikke særlige forhold er til hinder, skal hovedforhandlingen være påbegynt innen seks uker etter at saken kom inn til tingretten, og innen åtte uker etter at anke til lagmannsretten er henvist til ankeforhandling, dersom den siktede a) var under 18 år da forbrytelsen ble begått, eller b) er varetektsfengslet når saken berammes” For mindreårige betyr dette at fristen for hovedforhandling er 6 uker fra saken først kommer inn til tingretten uavhengig av om den mindreårige er varetektsfengslet eller ei. Blir tingrettens avgjørelse påanket gjelder det likedan en 8 ukers frist fra anken til lagmannsretten er henvist til ankeforhandling.

²⁶¹ Se pkt. 6.2.1.3.

²⁶² Kjennelsen sier imidlertid ingenting om hvorfor fornærmede ikke kunne avhøres før. I tingrettens kjennelse blir det opplyst at dette ”skyldes at fornærmede meldte forfall før forrige avhør.”

Tredje ledd i strpl. § 275 omhandler virkningen av at fristene ikke opprettholdes: ”*Blir en frist som nevnt i første eller annet ledd ikke holdt, skal grunnen opplyses i rettsboken.*”

Ser man disse bestemmelsene i sammenheng ser vi at en mindreårig sammenlagt vil kunne være varetektsfengslet i inntil 12 uker før hovedforhandling i tingretten starter dersom fristene blir fullt ut utnyttet. Hvor tingrettens avgjørelse påankes til lagmannsretten må man legge til ytterligere 2 uker i forhold til ankefristen, jfr. strpl. § 310 (1) samt 8 uker fra anken er henvist til ankeforhandling. Til sammen vil det si at en mindreårig i et slikt tilfelle vil kunne sitte varetektsfengslet i 22 uker uten å overstige fristreglene i straffeprosessloven. Varetektsfengsling i over fem måneder er lenge, særlig for barn. I tillegg kommer det at denne tiden i varetekt kan utvides av hensyn til etterforskningen i saken. Dette gjør at varetektsoppholdet for mindreårige kan bli svært langt.

6.2.2.2 Er fristreglene i straffeprosessloven i samsvar med barnekonvensjonen?

Da barnekonvensjonen ble inkorporert i norsk lov, ble straffeprosessloven antatt å være i samsvar med barnekonvensjonens bestemmelser.²⁶³ Ut i fra det snevre kildematerialet som foreligger har man som nevnt heller ingen holdepunkter for å utlede en øvre grense fra barnekonvensjonen for hvor lenge mindreårige kan holdes i varetekt. Selv om straffeprosessloven åpner for at mindreårige samlet kan sitte i varetektsfengsel i en nokså lang periode, tilsier etter mitt syn det at straffeprosessloven er antatt å være i samsvar med barnekonvensjonen, samt det at fristreglene hver for seg synes forståelig i forhold til at man må åpne for en viss tidsbruk til etterforskning og saksgang mellom de ulike instanser, at varetektsfengsling er i samsvar med barnekonvensjonen art. 37 (b) der slik varetektsfengsling skjer innenfor fristreglenes rammer.

Mer problematisk er det at straffeprosessloven til dels ”åpner” for oversittelse av disse fristreglene; konsekvensen av slik oversittelse er kun at ”*grunnen [skal] opplyses i*

²⁶³ Se Ot.prp.nr.45 (2002-2003) og Innst.O.nr.92 (2002-2003).

rettsboken.” Oversittelse av fristen fører altså ikke til at den varetektsfengslede løslates. Borgarting Lagmannsretts kjennelse av 5. november 2004²⁶⁴ illustrerer dette: ”Hovedregelen om 6-ukersfristen i straffeprosessloven § 249 annet ledd er ikke overholdt av påtalemyndigheten, og det er ikke gitt noen fullgod forklaring på dette. Men det har som nevnt nå skjedd en utvikling, og saksbehandlingen videre må forutsettes å gis høyeste prioritet.” Dersom tilfelle er at fristreglene ikke har noen praktisk betydning er dette svært uheldig, og oversittelse av fristreglene må også i det konkrete tilfelle tilsi brudd på barnekonvensjonen art. 37 (b); *”for et kortest mulig tidsrom”*.

Det må altså skje en konkret vurdering av om lengden av varetektsoppholdet for den mindreårige er i samsvar med kravet om at slik fengsling kun skal være *”for et kortest mulig tidsrom”*. I denne vurderingen vil, som vist ovenfor, også spørsmålet om alternative tiltak og lovbruddets grovhet spille inn. Generelt kan det imidlertid sies at hvor man beveger seg ut over straffeprosesslovens fristregler tilsier det at man skal være spesielt oppmerksom på at man nærmer seg grenselandet for hva som er et *”kortest mulig tidsrom”*.

6.3 Hvilke begrensninger på bruken av varetektsfengsling av mindreårige følger av barnekonvensjonen artikkel 37 (c)

Det følger av barnekonvensjonen art. 37 (c) at *”Partene skal sikre at ... ethvert barn som er berøvet friheten, skal behandles med menneskelighet og med respekt for menneskets iboende verdighet og på en måte som tar hensyn til barnets behov i forhold til dets alder. Særlig skal ethvert barn som er berøvet sin frihet, holdes atskilt fra voksne, med mindre det motsatte anses å være det beste for barnet, og det skal ha rett til å opprettholde forbindelsen med sin familie gjennom brevveksling og besøk, unntatt under særlige omstendigheter.”*

Art. 37 (c) omhandler først og fremst innholdet av varetektsoppholdet for den mindreårige. Deler av bestemmelsen blir derfor behandlet i andre deler denne oppgaven.

²⁶⁴ Se 04-074733KST-BORG/04.

I dette punktet vil jeg derimot se på hvorvidt denne bestemmelsen begrenser bruken av varetektsfengsling av mindreårige. Den aktuelle delen av bestemmelsen er dens andre punktum: ”*Særlig skal ethvert barn som er berøvet sin frihet, holdes atskilt fra voksne, med mindre det motsatte anses å være det beste for barnet*”. Jeg vil se nærmere på første punktum i oppgavens pkt 6.5 og bestemmelsens siste punktum i pkt 8.1.

I følge art. 37 (c) 2. punktum skal barn holdes atskilt fra voksne mens de er varetektsfengslet ”*med mindre det motsatte anses å være det beste for barnet*”. Dette unntaket må sies å være en konkretisering av hensynet til ”*barnets beste*” i art. 3 (1) og jeg legger til grunn at det er den samme vurderingen som må foretas etter art. 37 (c) som etter art. 3 (1).

Som vist i pkt. 1.4 vurderte Norge å reservere seg mot denne bestemmelsen. Dette skyldtes at det fra Norges side ble vurdert til å være til mindreårige varetektsfengslede og fengsledes beste å ha samvær med voksne. Dette skyldtes især dårlige erfaringer fra ungdomsfengsler. Flere land er enige i dette standpunktet. Da barnekonvensjonen ble inkorporert ble det uttalt om art. 37 (c) at ”det er hensynet til unge lovovertrедeres eget beste som ligger til grunn for avviklingen av ungdomsfengslene i Norge og de alminnelige retningslinjene for kriminalomsorgen for unge.”²⁶⁵ Utenrikskomiteen mente derfor at den norske ordning i hovedsak var i samsvar med konvensjonens intensjoner.²⁶⁶

I Agder Lagmannsretts kjennelse av 22. mars 2004²⁶⁷ ble det fra forsvarers side anført at siktede var plassert i fengsel med mange tunge rusmisbrukere og tungt belastede kriminelle, og at dette var et brudd på barnekonvensjonens art. 37 (c). Lagmannsretten uttalte da om art. 37 (c) at ”når det gjeld forsvareren si påpeiking av art. 37 (c) i barnekonvensjonen om å skilja born under 18 år og vaksne under varetektsfengsling er lagmannsretten samd i at denne i utgangspunktet ville gjera seg gjeldande i dette tilfellet. Lagmannsretten har likevel lagt avgjerande vekt på at hovudforhandling er sett

²⁶⁵ Se NOU 1993:18 s. 50.

²⁶⁶ L.c.

²⁶⁷ Se 04-009980KST-ALAG.

opp alt 26. mars d.å., med andre ord innan få dagar, og fengsling er etter lagmannsrettens syn nødvendig for å hindra nye lovbroter.” Høyesteretts kjæremålsutvalg opprettholder kjennelsen i Rt. 2004 s. 545: *”Kjæremålsutvalget kan ikke se at lagmannsrettens avgjørelse bygger på noen uriktig lovtolking til skade for siktede.”*

Dette tilsier at man må foreta en vurdering i hvert enkelt tilfelle om den varetektsfengslede mindreårige bør holdes atskilt fra voksne innsatte, og at denne vurderingen i det konkrete tilfelle kan føre til at en mindreårig ikke varetektsfengsles dersom fengsling sammen med voksne ikke vil være til den mindreåriges beste.

Jeg har til nå sett på hvilke begrensninger det følger på bruke av varetektsfengsling av mindreårige etter barnekonvensjonen art. 37. Jeg vil i pkt. 6.4 til sist se på hvorvidt også barnekonvensjonen art. 3 (1) på selvstendig grunnlag kan begrense bruken av varetektsfengsling av mindreårige.

6.4 Kan hensynet til barnets beste på selvstendig grunnlag begrunne varetektsfengsling av mindreårige? Barnekonvensjonen art. 3 (1)

Hensynet til barnets beste kan ikke undergrave barns øvrige konvensjonsbaserte rettigheter. Barnekonvensjonen art. 3 (1) kan altså ikke tolkes uavhengig av konvensjonens øvrige bestemmelser. Det tilsier at barnekonvensjonen art. 3 (1) må leses i sammenheng med art. 37 (b). Denne bestemmelsen trekker så snevre grenser for varetektsfengsling av mindreårige at det vanskelig kan tenkes tilfeller hvor slik varetektsfengsling vil være til siktedes ”beste”.

Et mulig unntak for dette må være hvor siktede selv begjærer seg varetektsfengslet, jfr. § 171 (1) nr. 4. Jeg antar imidlertid at man i et slikt tilfelle må kunne kreve at den mindreårige er gjort kjent med at eventuelle alternative tiltak kan være mulig i stedet for varetektsfengsling, jfr. drøftelsen om at varetektsfengsling må være *”siste utvei”* ovenfor i pkt 6.2.1.

Spørsmålet om varetektsfengsling av mindreårige og forholdet til barnekonvensjonen ble vurdert av Høyesteretts kjæremålsutvalg for første gang etter at konvensjonen ble

inkorporert i norsk rett i Rt. 2004 s. 545. I denne kjennelsen slutter imidlertid kjæremålsutvalget seg til underrettenes tolkning av barnekonvensjonen; at varetektsfengsling av en 17 år gammel gutt vil være til hans beste.

Saken gjaldt spørsmål om siktede kunne varetektsfengsles. Han var siktet for trussel mot offentlig tjenestemann, strl. § 128; trusler, strl. § 227; og tyveri, strl. § 257.

Kristiansand tingrett²⁶⁸ drøftet om fengsling ville være i strid med barnekonvensjonen, men kom til at varetektsfengsling frem til hovedforhandlingen her måtte anses å være til *”barnets beste”* og dermed ikke i strid med barnekonvensjonen. Tingretten uttaler om barnekonvensjonen: ”Retten er enig med forsvareren i at barnekonvensjonens bestemmelser setter nokså snevre grenser for varetektsfengsling av personer under 18 år. Når det gjelder denne saken, er retten imidlertid av den oppfatning at det vil være til NN’s beste om han varetektsfengsles fram til hovedforhandlingen. Han har frem til nå vist seg å være uten særlige hemninger når det gjelder å begå straffbare forhold, til dels av meget alvorlig karakter. Det vil derfor etter rettens oppfatning være til hans eget beste at det settes en midlertidig stopper for hans kriminelle aktivitet fram til saken kommer opp for retten til pådømmelse innen kort tid, og det da kan vurderes hensiktsmessige tiltak i forbindelse med straffeutmålingen.” Agder lagmannsrett kom til samme resultat som tingretten, og slutter seg i hovedsak til tingrettens begrunnelsen ”som også er dekkjande for lagmannsrettens syn”.²⁶⁹ Høyesteretts kjæremålsutvalg *”kan ikke se at lagmannsrettens avgjørelse bygger på noen uriktig lovtolking til skade for siktede”*, se Rt. 2004 s. 545 pkt. 7.

Underrettene legger altså til grunn i sin tolkning av barnekonvensjonen art. 3 (1) at det vil være til den mindreåriges beste at det settes en midlertidig stopper for hans kriminelle aktivitet og på bakgrunn av dette begrunner de varetektsfengslingen i

²⁶⁸ Se 04-009452ENE-KISA/28

²⁶⁹ For Lagmannsretten ble det i tillegg anført at plassering av siktede sammen med voksne rusmisbrukere og tungt belastede kriminelle er i strid med barnekonvensjonen art. 37 (c). Denne anførselen ble behandlet i pkt. 6.3.

hensynet til "*barnets beste*". Høyesteretts kjæremålsutvalg godtar denne tolkningen av hva som er barnets beste etter art. 3 (1).

Denne tolkningen av art. 3 (1) reiser to rettslige spørsmål som jeg i det følgende vil se nærmere på: for det første må man vurdere om hensynet til å stoppe en mindreårigs kriminelle aktivitet er et relevant moment i vurderingen av hva som er barnets beste. Videre er det et spørsmål om hvilken vekt dette momentet kan tillegges.

At en mindreårige hjelpes til å unngå å begå kriminelle handlinger synes naturlig å falle inn under hva som er til hans beste. Jeg forutsetter at det er en allmenn enighet om at det å begå kriminelle handlinger er uheldig, også for lovbryteren, og derfor bør unngås. Et forsøk på å sette midlertidig stopp for kriminell aktivitet kan derfor være et moment i vurderingen av hva som er barnets beste.

I pkt. 4.1.3 er noen av de viktigste momentene i vurderingen av hva som er barnets beste presisert; den mindreåriges behov for omsorg, trygghet og stabil og god voksenkontakt samt respekt for sin integritet. Disse momentene vil veie tungt i en helhetsvurdering av hva som er barnets beste. Underrettene synes å forutsette at behovet for å unngå fremtidig kriminalitet går foran disse behovene. Etter mitt syn er dette å tillegge dette momentet for stor vekt. Dette standpunktet samsvarer også bedre med barnekonvensjonen art 37 (b) som tilsier at en i størst mulig grad bør unngå varetektsfengsling av mindreårige.

Etter mitt syn kan det se ut som Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2004 s. 545 kamouflerer andre hensyn i hensynet til barnets beste. Her burde kjæremålsutvalget i stedet tatt et klart standpunkt til at varetektsfengsling av den mindreårige er uheldig og ikke til hans "*beste*". Som vi har sett er barnets beste ikke det eneste hensynet som kan vektlegges. Andre hensyn, som hensynet til samfunnsinteresser og hensynet til rettspleien kan gå foran hensynet til barnets beste når disse veier vesentlig tyngre. En varetektsfengsling burde i denne avgjørelsen heller bli begrunnet i disse hensyn.

I Oslo tingretts kjennelse av 25. oktober 2004²⁷⁰ synes det også som tingretten legger til grunn at varetektsfengsling vil være til siktedes beste: "Retten vil bemerke at det ikke anses å være i strid med FN-konvensjonen at siktede fortsatt varetektsfengsles i denne perioden, når dette veies opp mot den livssituasjon han var i før dette skjedde." Som vist i pkt. 4.1.3. er vurderingen av hva som er det "*barnets beste*" individuell. Det gjør at den mindreåriges livssituasjon er relevant. Det er likevel viktig å ha for øye at det at man bedrer den mindreåriges livssituasjon ikke er det samme som at man har valgt det alternativet som er til den mindreåriges "beste", det kan være andre alternativer som bedrer livssituasjonen for den mindreårige ytterligere. Det alternativet som gjør livssituasjonen best for den mindreårige vil være til "*barnets beste*". Som ellers må momentene vist i pkt. 4.1.3 veie tungt. Antakelig vil også femtenåringen i denne saken få tilfredsstilt behovene for trygghet, omsorg og voksenkontakt bedre i en barneverninstitusjon enn i varetektsfengsel. Jeg kan derfor heller ikke i denne saken se at hensynet til barnets beste kan begrunne varetektsfengsling av mindreårige.

Ut i fra dette kan jeg vanskelig se at varetektsfengsling av mindreårig kan begrunnes i hensynet til den mindreåriges eget beste.

Frem til nå har jeg drøftet hvorvidt barnekonvensjonen art. 37 begrenser bruken av varetektsfengsling av mindreårige ytterligere i forhold til straffeprosesslovens bestemmelser. I den videre fremstillingen vil jeg se på hvorvidt barnekonvensjonen stiller krav til innholdet i varetektsoppholdet for mindreårige. Først vil jeg gjøre det i pkt. 6.5 hvor jeg ser på om varetektsfengsling av mindreårige faller inn under forbudet mot bruk av tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Deretter vil jeg i kapittel 7 og 8 se nærmere på bruk av restriksjoner mot mindreårige i varetekt.

6.5 Er varetektsfengsling av mindreårige tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling? Barnekonvensjonen art. 37 (a)

Utgangspunktet er som vi har sett i pkt. 6.1 at varetektsfengsling av mindreårige er et lovlig tvangsmiddel etter barnekonvensjonen. Videre setter barnekonvensjonen

²⁷⁰ Se 04-068701ENE-OTIR/09.

art. 37 (b) og (c) enkelte begrensinger på når varetektsfengsling av mindreårig kan benyttes. Spørsmålet i dette punktet er om det kan tenkes ytterligere tilfeller der slik fengsling ikke samsvarer med barnekonvensjonens bestemmelser. I pkt. 4.2 har jeg redegjort for innholdet i barnekonvensjonen art. 37 (a). I dette kapitlet vil jeg se nærmere på forholdet mellom varetektsfengsling av mindreårige og barnekonvensjonen art. 37 (a); Er varetektsfengsling av mindreårige ”*tortur eller annen grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling*”? Barnekonvensjonen art. 37 (a) er presisert i bokstav (c) første punktum: ”*ethvert barn som er berøvet friheten, skal behandles med menneskelighet og med respekt for menneskets iboende verdighet*”.

Frihetsberøvelse vil ofte medføre en følelse av å bli behandlet nedverdiggende. I forhold til EMK art. 3, som har en bestemmelse som er svært lik barnekonvensjonen artikkel 37 (a), se pkt 4.1, har EMD flere ganger påpekt at for å konstatere brudd på denne bestemmelsen må den lidelse eller nedverdiggende behandling den fengslede føler seg utsatt for, overskride det som er naturlig for mange å føle ved varetektsfengsling.²⁷¹ Det er etter mitt syn naturlig å legge en tilsvarende oppfatning av barnekonvensjonen art. 37 (a) til grunn.

Jeg vil i det følgende se på ulike deler av en varetektsfengsling der det kan tenkes å oppstå spørsmål om forholdet til barnekonvensjonen art. 37 (a). Jeg vil forsøke å ta for meg problemer som er aktuelle etter norske forhold. I drøftelsen vil jeg se på hvilken betydning barnekonvensjonen kan ha i disse spørsmålene. Oversikten over mulige aktuelle problemstillinger i denne sammenheng er imidlertid på ingen måte uttømmende.

6.5.1 Varetektsfengsling for å oppnå tilståelse eller forklaring fra siktede

Som nevnt ovenfor må man legge til grunn at varetektsfengsling i seg selv er behandling av en slik art at den i det minste faller innenfor ”*nedverdiggende behandling*”. Utgangspunktet er likevel at vi aksepterer at man i enkelte tilfeller kan utsette siktede, også barn, for en slik behandling, såfremt det ikke skjer på ”*ulovlig eller*

²⁷¹ Se Khokhlich, særlig pkt. 164.

vilkårlig vis". Varetektsfengsling for å tvinge frem en tilståelse fra siktede er ikke akseptert i samfunnet og det er heller ikke grunnlag for varetektsfengsling for å oppnå tilståelse i den tradisjonelle norske straffeprosessen. Tvert imot fastslår grl. § 96 at *"Pinlig forhør må ikke finde sted"*. Å benytte seg av varetektsfengsling med den hensikt å oppnå en forklaring eller en tilståelse er dermed klart i strid med barnekonvensjonen art. 37 (a), så vel som grl. § 96.

Det er på det rene at en varetektsfengsling kan være med på å påskynde en forklaring eller tilståelse fra siktede. Som nevnt er det grunn til å anta at varetektsfengsling lettere vil påvirke mindreårige enn voksne til å gi tilståelse eller forklaring.²⁷² At slik forklaring eller tilståelse blir gitt er imidlertid ikke i seg selv grunnlag for å si at varetektsfengslingen medfører et brudd på art. 37 (a).

6.5.2 Varetektsfengsling for å gi siktede en "lærepenge"

Bratholm skriver i sin doktoravhandling om teorier om "bruk av varetektsfengsel i pedagogisk sjokkøyemed"²⁷³, og viser i sær til bruk av dette overfor unge lovovertridere. Han viser også til at norske dommere og politifolk har gitt uttrykk for lignende tanker overfor ham.²⁷⁴ Fortsatt finnes det nok enkelte som er av den oppfatning at enkelte mindreårige kunne ha godt av en "lærepenge"; at det å "ha fått sett innsiden av en fengselscelle"²⁷⁵ kan virke forebyggende.²⁷⁶

Varetektsfengsling for å gi siktede en "lærepenge" er med andre ord varetektsfengsling for å avskrekke. Varetektsfengslingsinstituttet åpner i utgangspunktet ikke for slik avskrekking. Til dels må en likevel kanskje si at varetektsfengsling etter § 171 nr. 3; varetektsfengsling på grunn av gjentakelsesfare, tilgodeser dette formålet. Etter denne bestemmelsen må fengsling imidlertid være *"påkrevd"* for å hindre gjentakelse. En kan

²⁷² Se Bratholm (1957), s. 150.

²⁷³ Ibid. s. 154.

²⁷⁴ L.c.

²⁷⁵ L.c.

²⁷⁶ Høigård viser i sin bok Gategallerier hvordan tvangsmidler som pågripelse, ransaking og varetekt brukes for å gi ungdom som bedriver graffiti/skadeverk en lærepenge. Se Høigård (2002), s. 265-287.

altså ikke varetektsfengsle ut fra et generelt ønske om å avskrekke den mindreårige fra å begå fremtidige lovbrudd.

6.5.3 Den fengslede har språkproblemer

Å ikke forstå språket der man oppholder seg er naturlig nok en stor belastning. I varetekt, som man ofte blir ilagt uten forutgående varsel og uten muligheter til forberedelser, vil mangelen på muligheter til kommunikasjon med dem man oppholder seg sammen med; fengselsbetjenter og medinnsatte medføre en ekstra belastning. Uten språket mister man mye av muligheten til å forstå hva som skjer rundt en, og til sosial omgang med andre. For mindreårige vil denne belastningen være ekstra stor; mangelen på noen å kommunisere med vil antakelig skape utrygghet hos den innsatte. Slik trygghet er som vi har sett ett av de viktige momentene i vurderingen av hva som er barnets beste. Å over tid plassere et barn i en situasjon hvor det ikke har mulighet for kommunikasjon med sine omgivelser, vil ut fra dette ikke være i tråd med hva som er barnets beste, se barnekonvensjonen art. 3 (1), og man vil ut i fra tidsmomentet måtte vurdere om varetektsfengsling under slike forhold er ”*grusom [eller] umenneskelig behandling*”, jfr. barnekonvensjonen art. 37 (a).

Språkproblem for mindreårige varetektsfengslede er særlig aktuelt for mindreårige som kommer til Norge som enslige asylsøkere; i det disse kan antas å ha en svakere tilknytning til landet enn mindreårige med norsk statsborgerskap eller familie her, vil unndragelsesfaren, se strpl. § 171 (1) nr. 1, ofte anses å være stor, se for eksempel Oslo tingretts kjennelse av 27.9.2004²⁷⁷ der en 15 år gammel gutt ble varetektsfengslet: ”Siktede har ingen tilknytning til Norge. Han er asylsøker, men har forlatt asylmottaket uten å kunne oppgi noen adresse eller andre referanser. Etter rettens oppfatning er det grunn til å frykte at siktede vil unndra seg straffeforfølningen dersom han løslates nå.”

Som vist i dette kapitlet legger barnekonvensjonen art. 37 og 3 flere begrensninger på bruken av varetektsfengsling av mindreårige. Disse begrensningene er i stor grad i samsvar med straffeprosesslovens vilkår for å kunne varetektsfengsle mindreårige.

²⁷⁷ Se 04-055130ENE-OTIR/05.

Likevel er det grunn til å være oppmerksom på at barnekonvensjonens bestemmelser tidvis medfører ytterligere begrensninger på slik varetektsfengsling enn det som følger av straffeprosessloven. Dette gjelder især i forhold til muligheten til å benytte alternative tiltak til varetektsfengsling og i forhold til å begrense varetektsfengsling av mindreårige til et kortest mulig tidsrom.

7 Bruk av restriksjoner mot mindreårige i varetekt

7.1 Generelt om bruk av restriksjoner ved varetektsfengsling

Retten kan beslutte at en som er varetektsfengslet skal ilegges ulike former for restriksjoner under fengslingen. Restriksjonene innebærer ytterligere inngrep mot den innsatte i tillegg til selve fengslingen.

Den mildeste formen for inngrep er brev- og besøkskontroll. Det vil si at brev til og fra den fengslede leses igjennom og eventuelt sensureres, og at besøk blir overvåket. Kontrollen skjer av politiet. I tillegg kan retten beslutte at den fengslede ikke skal ha tilgang til media; aviser eller kringkasting. Et mer inngripende tiltak er brev- og besøksforbud. Ilegges slikt forbud kan den fengslede ikke motta eller sende brev, og han kan ikke motta besøk. Videre kan retten beslutte å isolere den varetektsfengslede delvis eller fullstendig. I forarbeidene til straffeprosessloven er delvis isolasjon beskrevet som at den innsatte utelukkes fra samvær med bestemte andre innsatte. Det vil kunne variere hvor mange andre han nektes samvær med. Ytterpunktene er at han nektes samvær med én person, for eksempel en medsiktet i samme sak, eller at han bare gis rett til samvær med én eller noen få personer. Fullstendig isolasjon vil det først være når den innsatte nektes samvær med alle andre.²⁷⁸

I dette kapitlet vil jeg se nærmere på formålet bak bruken av restriksjoner i pkt. 7.2. I pkt. 7.3 vil jeg se på vilkårene for å bruke restriksjoner mot mindreårige. I pkt. 7.4 vil jeg se på virkningene av bruk av restriksjoner mot mindreårige og til sist, i pkt. 7.5, vil jeg se på kritikken Norge har fått for bruken av restriksjoner, og da særlig bruken av isolasjon, før jeg i kapittel 8 ser på hvorvidt bruken av restriksjoner mot mindreårige i varetekt er i samsvar med barnekonvensjonens bestemmelser.

²⁷⁸ Se Ot.prp. nr 66. (2001-2002), s. 135.

7.2 Formålet bak bruk av restriksjoner

Bruk av restriksjoner mot den varetektsfengslede er begrunnet i hensynet til etterforskningen i den aktuelle saken. En frykter at kontakt mellom den fengslede og andre innsatte eller omverdenen skal vanskeliggjøre politiets etterforskning. Slik vanskeliggjøring kan for eksempel være at forklaringer avtales eller påvirkes og at bevis forspilles.

Bruk av isolasjon er begrenset til de tilfellene hvor det er bevisforspillelsesfare.²⁷⁹ Det er etter dette i hovedsak tre situasjoner hvor det vil være aktuelt å isolere en fengslet. For det første er isolasjon aktuelt i saker hvor det er to eller flere siktede som alle er varetektsfengslet. For å unngå at disse skal få mulighet til å avtale forklaringer og lignende gjennom direkte kontakt eller gjennom samvær med andre innsatte kan isolasjon tenkes brukt. For det andre vil det være aktuelt med isolasjon i saker med to eller flere mulige gjerningsmenn, der en eller flere av disse er på frifot og hvor en eller flere siktede er varetektsfengslet. Isolasjon vil kunne avskjære kontakt gjennom medinnsatte som for eksempel har mulighet til gjennom brevveksling, besøk eller løslatelse å formidle opplysninger om saken til mulige gjerningsmenn på frifot. For det tredje vil det være aktuelt med isolasjon i saker hvor det etter sakens konkrete omstendigheter er risiko for at den eller de varetektsfengslede gjennom andre innsatte vil påvirke vitner og andre ved hjelp av trusler eller ved overtalelse til å gi uriktige opplysninger, fortie opplysninger eller fjerne spor.²⁸⁰

7.3 Vilkår for å bruke restriksjoner mot mindreårige

Den som er varetektsfengslet har i utgangspunktet tilgang til media, anledning til å motta besøk og å sende og motta brev. Disse tilgangene kan imidlertid innskrenkes. Slik innskrenking av tilganger gjøres gjennom bruk av restriksjoner. Straffeprosessloven regulerer bruk av restriksjoner i §§ 186 og 186a. Jeg vil i det følgende se nærmere på de

²⁷⁹ Se § 186a. Mer om dette i pkt 7.3.4.

²⁸⁰ Argumentene er hentet fra forarbeidene til den danske retsplejeloven §§ 770 a og 770 b som siteres i Ot.prp. nr. 66 s. 44.

ulike former for bruk av restriksjoner i pkt. 7.3.1-7.3.4. I pkt. 7.3.5 vil jeg se nærmere på forholdsmessighetsprinsippet i § 170a som også gjelder ved bruk av restriksjoner.²⁸¹

7.3.1 Brev- og besøkskontroll, strpl. § 186 (2) 1. punktum

Retten kan beslutte at en varetektsfengslets *”besøk eller brevveksling bare kan finne sted under kontroll av politiet”*. Dette er den mildeste formen for bruk av restriksjoner ovenfor en fengslet. Den fengslede vil fortsatt kunne motta både brev og besøk slik at kontakten med omverden i mindre grad enn ved bruk av de øvrige restriksjonene begrenses. Ved brev- og besøkskontroll begrenses kun den frie kommunikasjon. Like fullt er dette et inngrep i den enkeltes frihet som er av en slik karakter at det klart krever hjemmel i lov. Beslutning om brev- og besøkskontroll treffes av retten i kjennelse og slik kontroll kan kun besluttes hvor *”hensynet til etterforskningen tilsier det”*.²⁸² For at kontrollen også skal omfatte korrespondanse med og besøk fra offentlig myndighet må dette uttrykkelig fastsettes i kjennelsen, se § 186 (2) 2. punktum.

Straffeprosessloven § 186 (2) sonderer ikke mellom brev- og besøkskontroll for voksne og for mindreårige.

7.3.2 Brev- og besøksforbud, strpl. § 186 (2) 1. punktum

Retten kan også beslutte *”at den fengslede ikke skal kunne motta besøk eller sende eller motta brev eller annen sending”*. Slikt brev- og besøksforbud er en større begrensning i den fengsledes kontakt med omverden og dermed et større inngrep i den fengsledes frihet. At beslutningen må treffes av retten i kjennelse og at forbudet kun kan besluttes hvor *”hensynet til etterforskningen tilsier det”* gjelder tilsvarende som ved brev- og besøkskontroll. Likedan må bestemmelsen etter sin ordlyd forstås slik at forbudet heller ikke omfatter korrespondanse med og besøk fra offentlig myndighet med mindre det er uttrykkelig fastsatt i kjennelsen.

²⁸¹ Se også pkt. 5.3.2 om forholdsmessighetsprinsippet i § 170a.

²⁸² Se mer om dette i pkt. 7.3.3.

Riksadvokaten gir i rundskriv²⁸³ uttrykk for at ”sjølv om det er sett forbod etter straffeprosesslova § 186 andre leden, kan påtalemakta tillate besøk og mottak av brev eller liknande, eventuelt under kontroll av politiet. Særleg når den sikta ikkje har høve til samvær med andre innsatte, fullstendig eller delvis, må det nøye vurderast å tillate besøk.”

Strpl. § 186 (2) sonderer ikke mellom brev- og besøksforbud for voksne og for mindreårige.

7.3.3 Delvis isolasjon, strpl. § 186 (2) 3. punktum

Retten kan videre beslutte at den fengslede ”*skal utelukkes fra samvær med bestemte andre innsatte (delvis isolasjon)*”. Utgangspunktet er at retten skal angi hvilke bestemte andre innsatte den fengslede skal nektes samvær med. Hvor den fengslede kun skal kunne omgås en bestemt krets av andre innsatte, kan denne kretsen angis i stedet for at hvilke innsatte den fengslede ikke kan omgås angis. Retten kan imidlertid overlate til påtalemyndigheten å bestemme hvilke innsatte den fengslede skal utelukkes fra samvær med. Det følger av § 186 (2) if. Dette vil være aktuelt hvor retten ikke har grunnlag for å bestemme hvem den siktede skal nektes samvær med. At retten mangler slikt grunnlag kan være situasjonen selv om det er klart at samværet bør begrenses. Dette kan skyldes at retten ikke har oversikt over hvilken anstalt den fengslede vil bli plassert i eller at retten ikke har oversikt over øvrige innsatte i vedkommende anstalt til enhver tid.²⁸⁴

Graden av inngrep overfor den fengslede vil naturlig nok variere ut ifra graden av isolasjon han eller hun pålegges. At den fengslede nektes samvær med én medinnsatt vil nok i denne sammenheng ikke representere et betydelig inngrep. Motsatt vil det tilfelle hvor den fengslede er isolert fra alle sine medinnsatte unntatt én og hvor han i tillegg er ilagt brev- og besøksforbud være et betydelig inngrep i den fengsledes rettigheter som ligger nært opp til den fullstendige isolasjon. I mellom disse ytterpunktene finner vi alle mulige mellomformer.

²⁸³ Se Riksadvokatens rundskriv nr. 5 2002.

²⁸⁴ Se Ot.prp. nr. 66 (2001-2002), s. 134.

Både fullstendig og delvis isolasjon må besluttet uttrykkelig av retten. Dette skjer i kjennelse, jfr. strpl. §§ 186 og 186a. Kjennelsen skal angi på hvilken måte etterforskningen vil bli skadelidende dersom den fengslede ikke blir underlagt forbud eller kontroll etter § 186 (2). Det skal også fremgå av kjennelsen at bruken av kontroll ikke er et uforholdsmessig inngrep.

Delvis isolasjon, bruk av brev- og besøksforbud eller –kontroll kan kun benyttes hvor ”hensynet til etterforskningen” tilsier det. I følge forarbeidene²⁸⁵ til bestemmelsen vil delvis isolasjon bare kunne besluttet når det er tilstrekkelig grunn til det. Bruk av delvis isolasjon vil etter departementets syn bare være praktisk når noen er fengslet pga bevisforspillelsesfare, og varetektsfengsling i seg selv ikke er tilstrekkelig til å hindre den siktede i å forspille bevis.

Det følger av henvisningen til strpl. § 187 i § 186 (4) at bruken av isolasjon skal opphøre dersom vilkårene for å bruke isolasjon ikke lenger er oppfylt.

7.3.4 Fullstendig isolasjon, strpl. § 186a

Når den fengslede er fengslet på grunnlag av bevisforspillelsesfare, jfr. strpl. § 184 jfr. § 171 (1) nr. 2, kan retten beslutte at ”den fengslede skal utelukkes fra fellesskap med de andre innsatte (fullstendig isolasjon)”. Også her ser vi at vurderingen av om isolasjon skal pålegges er opp til rettens skjønn. Faren for bevisforspillelse må være ”nærliggende”. I følge forarbeidene²⁸⁶ til bestemmelsen skal ”Nærliggende fare” ... forstås på samme måte som i §171 første ledd nr. 2.” Det må etter dette altså antakelig kreves at det foreligger sannsynlighetsovervekt.²⁸⁷

Fullstendig isolasjon av mindreårige kan bare besluttet hvis det er ”særlig påkrevet”, se strpl. § 186a (2) i.f.²⁸⁸ At varetektsfengsling må være ”særlig påkrevet” gir anvisning på

²⁸⁵ L.c.

²⁸⁶ L.c.

²⁸⁷ Se mer om ”nærliggende fare” i strpl. § 171 (1) nr. 2 i pkt. 5.3.1.1.

²⁸⁸ Bestemmelsen ble tatt inn i straffeprosessloven ved lov av 28. juni 2002 nr. 55.

en streng standard. Forarbeidene²⁸⁹ til bestemmelsen går ikke nærmere inn på hva som må ligge i ”særlig påkrevet” annet enn at ”bruken av isolasjon overfor unge lovbrytere skal begrenses mest mulig”. Se mer om hva som må ligge i ”særlig påkrevet” i strpl. § 184 i drøftelsen i pkt 5.3.3. Merk likevel at vilkåret i § 184 er at varetektsfengsling ikke ”bør” skje såfremt det er ”særlig påkrevet”, mens det bruk av isolasjon ikke ”kan” skje dersom det er ”særlig påkrevet”. Det siste gir anvisning på en strengere standard enn § 184 gir.

Strpl. § 186a (4) oppstiller en absolutt frist for bruk av isolasjon av mindreårige:

”Fengslede under 18 år kan under ingen omstendigheter holdes isolert i et sammenhengende tidsrom på mer enn 8 uker.” I følge forarbeidene til bestemmelsen gjelder dette ”uavhengig av hvor alvorlig lovbruddet er og av om det dreier seg om ett eller flere lovbrudd”. Plasseringen av denne bestemmelsen i § 186a tilsier at den absolutte fristen kun gjelder i forhold til fullstendig isolasjon. Likevel taler det at delvis isolasjon kan utgjøre en nesten like stor belastning for den innsatte der han kun gis mulighet til omgang med et svært lite antall medinnsatte, for at den absolutte fristen også gjelder i forhold til slik isolasjon. Forarbeidene uttaler seg ikke om denne problemstillingen og Høyesterett har heller ikke, så vidt jeg kan se, uttalt seg om denne problemstillingen.

7.3.5 Forholdsmessighetsprinsippet, strpl. § 170a

Forholdsmessighetsprinsippet gjelder også ved bruk av restriksjoner. Jeg har i pkt. 5.3.2 drøftet en del momenter som kan tas med i vurderingen av om et tvangsmiddel kan benyttes. Jeg vil her se nærmere på forholdsmessighetsprinsippetets betydning i forhold til bruk av restriksjoner spesielt.

I forarbeidene²⁹⁰ til strpl. § 186 er det uttalt at man ved vurderingen av forholdsmessigheten må se både på den totale bruken av forbud og restriksjoner etter

²⁸⁹ Se Ot.prp. nr. 66 (2001-2002), s. 134

²⁹⁰ L.c.

§ 186, og på hvor lenge den delvise isolasjonen har vart. Det er også av betydning hvilket omfang isolasjonen har og hvilken belastning den innebærer for den siktede.

Hvor den fengslede er mindreårig må det tas særlig hensyn til at bruk av restriksjoner generelt og isolasjon spesielt kan ha større skadelig innvirkning enn der den fengslede er mindreårig. Dette er det tatt hensyn til ved at isolasjon kun kan benyttes der det er ”særlig påkrevet” og for maksimalt 8 uker sammenhengende. At den fengslede er mindreårig må imidlertid også tas hensyn til i vurderingen som skal foretas etter strpl. § 170a. Jeg vil i pkt. 7.4. se nærmere på hvilken innvirkning bruk av isolasjon kan ha på mindreårige.

Selv om inngrepets karakter og forhold ved den innsatte skal vurderes, jfr. strpl. § 170a, kan det synes som praksis har lagt seg på en streng linje med henhold til hvor grensen for hva som er forholdsmessig skal gå. I Rt. 1996 s. 473 ble en gutt som var 17 år på tidspunktet for varetektsfengslingen isolert fullstendig. Han hadde vært isolert fra 12. desember 1995 da lagmannsretten besluttet å isolere ham fortsatt fram til 2. april 1996. Det ble anført at ”hans psykiske helsetilstand er påtakelig forverret, slik at han knapt nok er i stand til å føre en samtale”. Like fullt ble fortsatt isolasjon opprettholdt.²⁹¹

7.4 Virkninger av bruk av restriksjoner, særlig bruk av isolasjon

Jeg vil i dette punktet se nærmere på virkningene av bruk av restriksjoner. Som vist har ”inngrepets karakter” betydning i vurderingen av om bruk av restriksjoner er forholdsmessig, jfr. strpl. § 170a. Det er derfor viktig å vite hvilken ”karakter” bruken av restriksjoner har som inngrep ovenfor den enkelte.

²⁹¹ Strpl. § 186a ble innført ved lovendring ved lov av 22. juni 2002 nr. 55 og tidsbegrensningen for bruk av restriksjoner mot mindreårige gjaldt dermed ikke på dette tidspunktet. Likedan var strpl. § 170a ikke innført på dette tidspunktet, men forholdsmessighetsprinsippet gjaldt på dette tidspunktet og var nedfelt i strpl. § 174 (1).

7.4.1 Generelt

At isolasjon, i tillegg til selve varetektsfengslingen, i de fleste tilfeller vil være en ekstra psykologisk belastning for den fengslede er påvist i flere undersøkelser. Man skiller mellom et akutt og et kronisk isolasjonssyndrom.²⁹² Det akutte isolasjonssyndrom er preget av en eller flere plager og symptomer som søvnvansker, konsentrasjonsproblemer, problemer med døgnrytmen, smerter i mage, hode, nakke, rygg, muskler eller skjelett, symptomer fra hjerte-karkretsløpet, angst, depresjon, selvbeskadigende handlinger eller psykoser. Selv om toleransen for isolasjonens skadelige virkninger er individuell, ser det ut som skadevirkningene øker med tiden i isolasjon. Det kroniske isolasjonssyndrom utvikles over tid. Dette syndromet karakteriseres av apati, anergi, sosial tilbaketrekning, økt angsttendens, tap av interesse for omgivelsene og redusert evne til å fungere sosialt. Det er imidlertid gjort lite forskning på dette syndromet. Under CPTs besøk i Norge i 1997 ble 12 varetektsfanger som var fullstendig isolert fra sine medfanger intervjuet. Enkelte var også ilagt brev- og besøkskontroll eller –forbud. De fengsledes beskrivelser av sin egen situasjon var nokså like og stemmer overens med hva undersøkelsene viser: flere slet med tretthet, søvnløshet, tap av matlyst, kvalme, hodepine gråteanfall og depresjonsanfall og problemene ble mer akutt ettersom isolasjonen fortsatte. Nesten alle fortalte at de var urolige fordi de ikke fikk kontakt med slektninger og venner og noen av de innsatte nevnte også selvmordstanker.²⁹³ Ut over dette synes det også å være allmenn enighet om at isolasjon utgjør en psykologisk belastning for den fengslede og at denne belastningen vil kunne bestå både i psykisk smerte og psykisk skade. Arbeidsgruppen som utredet spørsmålet om det bør innføres egne bestemmelser om isolasjon²⁹⁴, skriver følgende om bruken av restriksjoner ved varetekt ”Det er åpenbart at restriksjoner – og særlig isolasjon – kan innebære en betydelig belastning for den fengslede og utgjøre en risiko for hans psykiske helse.”²⁹⁵

²⁹² Gamman (2001), se særlig s. 47.

²⁹³ CPTs rapport fra 1997.

²⁹⁴ Én av to arbeidsgrupper som ble oppnevnt av Justis- og politidepartementet i 1999 for å se nærmere på saksbehandlingstiden i straffesaker. Denne gruppen tok for seg perioden mellom anmeldelse og påtalevedtak i politiet, se Ot.prp. nr. 66 (2001-2002) s. 9.

7.4.2 Mindreårige særskilt

Ettersom mindreårige er under utvikling, også psykisk, må en kunne anta at psykiske belastninger som isolasjon har en annen og sterkere innvirkning på mindreårige enn på de fleste voksne. Generelt må en kunne si at mindreårige ikke vil ha utviklet den samme psykiske styrke som voksne og en må derfor kunne anta at isolering vil utgjøre en særlig belastning for mindreårige tiltalte. Et barn kan oppleve den samme hendelsen som en voksen på en helt annen måte enn den voksne. Der den voksne kan ha evnen til å isolere en spesiell hendelse og dermed moderere effekten av denne hendelsen slik at den ikke påvirker den voksnes personlighet, kan et barn mangle den nødvendige utvikling og erfaring for å kunne moderere sine lidelser på denne måten. Dette gjør at hendelser kan være mer skremmende og forstyrrende for barn enn for voksne. Mens personligheten til voksne kan bli sterkt påvirket av en traumatisk opplevelse, vil et barns personlighet, på grunn av manglende utvikling, ikke bare bli påvirket, men på grunn av traumatiske opplevelser, også bli preget i utviklingen. Både barnets kognitive, moralske, psykologiske og sosiale utvikling kan bli permanent påvirket av en traumatisk opplevelse. Fordi barn ennå ikke har hatt muligheten til å legge grunnlaget for sitt følelsesmessige, moralske og sosiale fundament er de særlig sårbare ved traumatiske opplevelser.²⁹⁶

7.5 Kritikken av bruk av restriksjoner mot varetektsfengslede

Norges bruk av restriksjoner, spesielt isolasjon, har blitt kritisert i flere fora. Fra forsvarerhold har det blitt hevdet at ”svært ofte holdes de siktede isolert så lenge det pågår etterforskning som kan frembringe nye opplysninger, slik at etterforskeren skal kunne overrumple siktede i avhør, og slik slå sprekker i forklaringens troverdighet”²⁹⁷, altså andre formål enn isolasjon er ment å oppfylle.

Av internasjonale organer har især CPT vært kritiske til bruken av restriksjoner i Norge. Et av hovedmomentene i CPTs kritikk av norsk praksis om varetektsfengsling har vært

²⁹⁵ Se Ot.prp. nr. 66 (2001-2002) s. 42.

²⁹⁶ Se van Bueren (1998) s. 60.

²⁹⁷ Se Brosveet (1999), s. 207.

at varetektsfangene i unødig stor utstrekning blir pålagt brev- og besøksforbud idet denne isolasjon for mange av fangene er en stor psykisk påkjenning. CPT framholdt at retten bør foreta en nøye vurdering både av om restriksjoner er nødvendig og hvor omfattende restriksjonene bør være.²⁹⁸

Morgan påpeker at bruk av isolasjon i stor grad er et skandinavisk fenomen: "It appears that only the Scandinavian countries – Denmark, Sweden and Norway – find it necessary to make so extensive use of pre-trial isolation."²⁹⁹ Han hevder at bruken av isolasjon til dels er brudd på forbudet mot bruk av tortur.³⁰⁰

²⁹⁸ Se Andenæs (2000), s. 170. Se spesielt CPTs rapport fra 1993.

²⁹⁹ Se Morgan (1999), s. 203.

³⁰⁰ Ibid. s. 201-204.

8 Nærmere om bruk av restriksjoner og barnekonvensjonen

I dette kapitlet vil jeg se på hvorvidt barnekonvensjonen oppstiller noen begrensninger i bruken av restriksjoner mot mindreårige som sitter i varetekt. Det er i den sammenheng to av konvensjonens bestemmelser som er aktuelle; art. 37 (a) og (c). Jeg vil her først se på art. 37 (c).

8.1 Hvilke begrensninger på bruken av varetektsfengsling av mindreårige følger av barnekonvensjonen artikkel 37 (c)?

I følge barnekonvensjonen art. 37 (c) skal partene sikre at *”ethvert barn som er berøvet friheten, skal behandles med menneskelighet og med respekt for menneskets iboende verdighet og på en måte som tar hensyn til barnets behov i forhold til dets alder. Særlig skal ethvert barn som er berøvet sin frihet, holdes atskilt fra voksne, med mindre det motsatte anses å være det beste for barnet, og det skal ha rett til å opprettholde forbindelsen med sin familie gjennom brevveksling og besøk, unntatt under særlige omstendigheter,”*

Bestemmelsens andre punktum er tidligere blitt behandlet under pkt. 6.3, og vil ikke bli behandlet her. Bestemmelsens første punktum kan ses på som en presisering av art. 37 (a) og vil derfor bli behandlet sammen med denne bestemmelsen i pkt 8.2. Jeg vil etter dette i det følgende behandle bestemmelsens tredje punktum; *”Særlig skal ethvert barn som er berøvet sin frihet, ... ha rett til å opprettholde forbindelsen med sin familie gjennom brevveksling og besøk, unntatt under særlige omstendigheter.”*

I den engelske versjonen av barnekonvensjonen art. 37 (c) heter det at *”every child deprived of liberty [...] shall have the right to maintain contact with his or her family through correspondence and visits, save in exceptional circumstances.”* I den norske oversettelsen er dette unntaket oversatt til *“særlige omstendigheter”*. Ordlyden tyder på at begrepet må tolkes strengt. Det må foreligge spesielle omstendigheter som tilsier at

oppretholdelsen av kontakt med den mindreåriges familie må vike. Bestemmelsen må leses i sammenheng med art. 3 (1) som statuerer det grunnleggende hensyn i barnekonvensjonen; hensynet til *"barnets beste"*. Som jeg har vist tidligere er stabil og god foreldrekontakt et viktig moment i vurderingen av hva som er *"barnets beste"*.³⁰¹ Også dette tilsier at *"særlige omstendigheter"* må tolkes strengt.

Bakgrunnen for unntaket *"under særlige omstendigheter"* var et forslag fra Nederland for at konvensjonsstatene skulle ha mulighet til å utøve et skjønn hvor hensynet til barnets beste tilsier at slik forbindelse med foreldrene vil kunne være skadelig for barnet. Dette tilsier at unntaket klart er nettopp et unntak. Unntaket skal etter dette kun brukes hvor det er av hensyn til barnets beste og ikke som et disiplinært virkemiddel eller for å sikre seg at barnet samarbeider.³⁰²

Det skal etter dette svært mye til for å avskjære en mindreårig i varetekt fra kontakt med sin familie, enten det er gjennom brev eller besøk. Spørsmålet blir etter dette om barnekonvensjonen oppstiller ytterligere begrensninger i bruken av restriksjoner mot mindreårige i varetekt i tillegg til straffeprosesslovens regler.

I norsk rett er bruken av restriksjoner, som vist i pkt. 7.3, begrenset til de tilfellene der *"hensynet til etterforskningen tilsier det"* når det gjelder brev- og besøkskontroll, brev- og besøksforbud og delvis isolasjon, se strpl. § 186 (2). For å kunne ilegge mindreårige fullstendig isolasjon er kravet at *"det er nærliggende fare for at den fengslede vil forspille bevis i saken"* og at isolasjon er *"særlig påkrevet"*, se strpl. § 186a.

For at hensynet til etterforskningen skal kunne avskjære den fengsledes kontakt med familien må kontakten være av slik art at den kan påvirke etterforskningen. Slik kontakt kan tenkes å påvirke etterforskningen først og fremst hvor det er flere mulige gjerningsmenn. Både i de tilfellene hvor øvrige mulige gjerningsmenn er på frifot og hvor de også er varetektsfengslet kan kontakt med familien benyttes til å avtale forklaringer og utveksle andre opplysninger. Kontakt med familien kan også benyttes til

³⁰¹ Se pkt. 4.1.3.

³⁰² Se van Bueren (1995), s. 220.

å påvirke vitner og andre ved trusler eller ved overtalelse om å gi uriktige opplysninger, fortie opplysninger eller fjerne spor. Det følger av prinsippene i strpl. § 170a at det samlede regelverk må tolkes slik at lempeligere midler blir benyttet der dette er tilstrekkelig for formålet³⁰³ Ut i fra dette antar jeg at dersom en kan unngå en eventuell påvirkning ved å i stedet benytte brev- og besøkskontroll, vil man ikke kunne benytte brev- og besøksforbud ettersom dette vil være et mer omfattende inngrep.

I en forholdsmessighetsvurdering etter strpl. § 170a vil sakens grovhet stå sentralt. Å avskjære en mindreårig kontakt med familien er et svært inngripende tiltak. Dette tilsier at handlingen må være av en slik art at inngrepet kan forsvares. Ut i fra dette antar jeg at dette kun vil kunne skje i de aller groveste forbrytelsestilfellene. Videre må muligheten for å kunne etablere kontakt gjennom familien, og sannsynligheten for at denne muligheten vil bli benyttet vurderes.

Straffeprosessloven åpner altså for å avskjære den mindreårige fra kontakt med familien mens han er varetektsfengslet. I det den mindreårige avskjæres for kontakt med all sin familie er dette etter mitt syn i strid med barnekonvensjonen art. 37 (c) 3. punktum der denne avskjæringen begrunnes i "*hensynet til etterforskningen*". Barnekonvensjonens forrang foran straffeprosessloven, se mrl. § 3, gjør at barnekonvensjonens bestemmelser vil gå foran i et slikt tilfelle. Dette tilsier altså at den mindreårige ikke kan avskjæres fra all kontakt med familien sin mens han er varetektsfengslet.

Et viktig spørsmål ut i fra barnekonvensjonens bestemmelse er hvem som er "*familie*". Det er likevel slik at man har ulike begreper om hvem som er "*familie*" i ulike kulturer. Ulike grupper kulturer i Norge kan ha ulike forståelser av hvem som er "*familie*". Jeg antar at man kan legge ulik kulturforståelse til grunn i den konkrete vurderingen av hvem den mindreårige ikke kan avskjæres kontakt med. Det er likevel klart at ikke enhver slektning kan anses som "*familie*". Hensynet til "*barnets beste*", herunder at barnet behøver stabil og god foreldrekontakt, tyder på at i hvert fall foreldrene må anses som "*familie*" og at andre omsorgspersoner som oppfyller foreldrenes forpliktelser må kunne likestilles med foreldrene og regnes som "*familie*" i dette tilfellet. Dersom barnet

³⁰³ Se RG 2003 s. 542.

gis anledning til å ha kontakt med deler av familien, må det antakelig, etter mitt syn, godtas at andre deler av familien nektes slik kontakt dersom dette er begrunnet i *”hensynet til etterforskningen”*. Behovet for kontakt med familien, og den trygghet og omsorg dette medfører, vil neppe fullt ut bli tilfredsstilt under et varetektsopphold, men i et slikt tilfelle vil barnet i hvert fall til en viss grad få tilfredsstilt disse behovene.

Etter mitt syn tilsier altså barnekonvensjonen art. 37 (c) at det er forbudt å avskjære en mindreårig i varetekt fra all kontakt med familien sin. Spørsmålet har imidlertid ikke vært prøvd i norsk rett, og det er ikke umiddelbart sikkert at Høyesterett vil konkludere på samme måte som meg i dette spørsmålet.

8.2 Er bruken av restriksjoner mot mindreårige tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling? BK art 37 (a)

Jeg vil her se nærmere på om bruken av restriksjoner mot mindreårige i varetekt er i strid med art. 37 (a), det er i den forbindelse bruk av isolasjon det er aktuelt å se på.

Norge har flere ganger blitt kritisert for sin utstrakte bruk av isolasjon. Det er imidlertid ingen av menneskerettskonvensjonene som direkte regulerer myndighetens bruk av isolasjon. Barnekonvensjonen har ingen slik bestemmelse, og det har heller ikke EMK eller SP. Det er likevel alminnelig antatt at bruk av isolasjon i enkelte tilfeller kan være i strid med forbudet mot bruk av tortur, grusom, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

I følge forarbeidene til endringer i straffeprosessloven³⁰⁴ har ikke EMD funnet at torturforbudet EMK art. 3 har vært overtrådt i saker hvor spørsmålet om bruk av isolasjon har vært oppe. Departementet konkluderer på bakgrunn av dette at det ikke er grunn til å tro at bruk av isolasjon i seg selv er i strid med reglene i EMK. Derimot vil bruken av isolasjon i en konkret sak kunne være konvensjonsstridig, for eksempel hvis isolasjonen ikke er godt nok begrunnet eller hvis den varer lengre enn formålet med isolasjonen gir grunnlag for. Forarbeidene vurderer ikke forholdet til

³⁰⁴ Se Ot.prp. nr. 66 (2001-2002), s. 42.

barnekonvensjonen art. 37 (a) særskilt, men nevner kort at en lignende bestemmelse som EMK art. 3 er tatt inn her.³⁰⁵ Det ser altså ut som departementet vurderer EMK art. 3 til å dekke innholdet i barnekonvensjonen art. 37 (a).

Barnekomiteen har ikke kommet med noen generelle uttalelser om bruk av isolasjon mot mindreårige. Det er derfor aktuelt å se på hvordan bruk av isolasjon er blitt vurdert av andre konvensjonsorganer. EMD har i sin praksis aldri kommet til at bruk av isolasjon er konvensjonsbrudd. Selv om EMD har lagt til grunn at isolasjon er uheldig, særlig i forhold til varetektsfanger³⁰⁶ og at fullstendig kommunikasjonsmessig og sosial isolasjon utvilsomt kan ødelegge den isolertes personlighet og dermed innebære en umenneskelig behandling som ikke kan aksepteres i forhold til EMK art. 3³⁰⁷, har temmelig harde isolasjonspregede fengslingsforhold blitt akseptert i flere klagesaker.³⁰⁸ I klagesakene mot Danmark uttalte EMD at vurderingen av om isolasjonen må anses å være i strid med EMK art. 3 særlig må bero på de spesielle omstendighetene i den enkelte sak, hvor strengt isolasjonen er praktisert, isolasjonens varighet, dens formål og hvilken virkning den har på fangen. I sakene mot Danmark hadde klagerne sittet på isolat i henholdsvis 425 og 515 dager.³⁰⁹ EMD la i begge sakene vekt på at det dreide seg om alvorlig og kompleks kriminalitet (narkotikaforbrytelser og drap), og at isolasjonen ikke hadde vært fullstendig. Klagerne hadde radio og tv på cellen, anledning til lån av bøker fra biblioteket og hadde flere ganger om dagen anledning til kontakt med fengselsbetjentene. I Kröcher og Möller ble klageren utsatt for enda hardere forhold enn sakene mot Danmark. Isolasjonen var mer fullstendig. Den første måneden hadde klageren ikke hatt tilgang til aviser, radio eller tv. Klageren hadde her vært isolert i 335 dager. Avgjørelsen er kritisert av Aall.³¹⁰

³⁰⁵ Ibid. s. 41.

³⁰⁶ Se X mot Tyskland.

³⁰⁷ Se X mot Danmark.

³⁰⁸ Aall påpeker at en av grunnene til at isolasjon ikke er blitt ansett som konvensjonsstridig av EMD er at flere av klagenes er blitt avvist som åpenbart ugrunnede, jfr. EMK art. 35 (2)³⁰⁸. Dermed har EMD heller ikke hatt anledning til å fastlegge rekkevidden av EMK art. 3 ifht. bruk av isolasjon av varetektsfanger. Dette er uheldig. Se Aall (2004), s. 159-160.

³⁰⁹ Se X mot Danmark og R mot Danmark.

³¹⁰ Ibid. s. 160 -161.

I følge Aall³¹¹ er det flere forhold som tilsier at EMD vil justere den restriktive linjen den har lagt seg på i sin fremtidige praksis. Han viser til at EMK art. 3 er gitt en ”videre slagvidde på andre områder”³¹². I tillegg er det i de senere år kommet til eksternt rettskildemateriale som vil kunne influere tolkningen av EMK art. 3, selv om det ikke er direkte avgjørende. Han viser i denne forbindelse både til FNs og Europarådets torturkomiteer som har anlagt en strengere linje mot statene i sine inspeksjoner og rapportbehandlingsprosedyrer.

Til dette kommer også at barnekonvensjonens bestemmelser må tolkes strengere enn den tilsvarende bestemmelsen i EMK, da isolasjon er mer inngripende ovenfor barn enn det er for voksne. Denne vurderingen av bruk av isolasjon samsvarer til dels med van Bueren, hun hevder at det kan argumenteres for at isolasjon, uavhengig av forhold og lengde, er ”*grusom behandling*” jfr. barnekonvensjonen art. 37 (a) dersom det ilegges mindreårige.³¹³

Dette tilsier at bruk av isolasjon mot mindreårige i varetekt, i det minste, må benyttes med den ytterste varsomhet og at bruk av isolasjon av mindreårige i det konkrete tilfellet kan være brudd på barnekonvensjonen art. 37 (a).

Dersom en forutsetter at Norge ikke ønsker å ligge i grenselandet for hva som er brudd på barnekonvensjonen, er det helt klart at kildematerialet åpner å kunne konstatere at isolasjon ikke kan brukes mot mindreårige i varetekt. Etter mitt syn må man legge en slik tolkning av konvensjonen til grunn. Det finnes imidlertid ingen avgjørelser fra Høyesterett som støtter en slik tolkning av barnekonvensjonen, og det er heller ikke sikkert at Høyesterett vil legge en slik tolkning av konvensjonen til grunn i fremtiden.

³¹¹ Ibid. s. 161.

³¹² L.c.

³¹³ Se van Bueren (1995) s. 224.

9 Avslutning

Hovedproblemstillingene i denne oppgaven har vært varetektsfengsling og bruk av restriksjoner mot mindreårige. Jeg har undersøkt om barnekonvensjonen tilfører noe nytt til reglene i straffeprosessloven med hensyn til varetektsfengsling av mindreårige. I dette avsluttende kapitlet skal jeg trekke trådene og summere opp funnene i oppgaven.

Jeg har vist at straffeprosessens bestemmelser om varetektsfengsling av mindreårige i det stor grad samsvarer med barnekonvensjonens bestemmelser. Fremstillingen viser likevel at barnekonvensjonens bestemmelser er aktuelle i straffeprosessen, og at de til dels tilfører nye begrensninger i forhold til straffeprosesslovens bestemmelser om varetektsfengsling av mindreårige. I hvilken grad konvensjonen tilfører noe nytt til norsk rett varierer noe i de ulike tema jeg har drøftet. I forhold til mindreåriges kontakt med sin familie under varetektsoppholdet synes norsk rett å ikke ha tatt inn over seg barnekonvensjonens bestemmelser, og det er nok her man klart kan konstatere brudd med konvensjonen; mindreårige i varetekt kan ikke avskjæres fra kontakt med familien under dette oppholdet. På andre områder er de norske rettsreglene i hovedsak i samsvar med konvensjonens bestemmelser, men det er likevel grunn å være oppmerksom på at barnekonvensjonen, idet den i den konkrete vurderingen av enkeltsaker kan føre til en skjerpelse av varetektsreglene. Dette gjelder for eksempel i forhold til tidsbegrensningen av varetektsoppholdet. Som vist finner jeg ikke grunnlag i det foreliggende rettskildematerialet for å si at fengslingsfristene i straffeprosessloven er brudd på barnekonvensjonens krav om at frihetsberøvelse kun skal skje *”for et kortest mulig tidsrom”*. Likevel kan en varetektsfengsling i det konkrete tilfellet oversitte det som må anses for å være *”et kortest mulig tidsrom”*. Dette gjelder særlig hvor straffeprosesslovens fristregler åpner for at fristene kan oversittes, ved at slik oversittelse ikke medfører noen konsekvenser.

I enkelte deler av oppgaven kan tolkingen av barnekonvensjonen etter mitt syn tilsi at norsk rett utgjør et konvensjonsbrudd, samtidig som det er på det rene at konvensjonen ikke har blitt tolket på tilsvarende måte av Høyesterett, og at det er usikkert om Høyesterett vil komme til en tilsvarende tolking av konvensjonen. Dette er eksempelvis tilfellet med straffeprosesslovens regler om bruk av isolasjon mot mindreårige i varetekt. Det er etter mitt syn viktig å sette fokus på disse områdene, og at man i Norge ikke velger å føre en tilbakeholden linje når det gjelder tolkningen av disse bestemmelsene i barnekonvensjonen.

Norge er på mange måter ”beste gutt i klassen” når det gjelder ivaretagelsen av menneskerettighetene. Særlig gjelder dette i forhold til barnekonvensjonen; de brudd på konvensjonen som skjer i mange andre land er både mer omfattende, systematiske og grovere enn de brudd på konvensjonen som skjer i Norge. Det er etter mitt syn likevel viktig å ikke la seg blende av statusen som ”flink”. Også i Norge finnes det barn som utsettes for behandling de ikke bør utsettes for. Noen ganger er denne behandlingen klart et brudd på barnekonvensjonen, andre ganger ligger den i gråsonen av hva som er konvensjonsbrudd eller ikke. Atter andre ganger, kan man si at behandlingen er av en slik art at den burde medføre et brudd på barnekonvensjonen, slik som bruken av isolasjon av mindreårige i varetekt. Det store, nær sagt altomfattende, konvensjonsområdet Barnekomiteen skal overvåke tilsier at komiteen ikke kan utvikle barns rettigheter på alle områder, og at stater med få og ”mindre grove” konvensjonsbrudd nedprioriteres. Dette bør ikke være en sovepute, verken for norske myndigheter eller norske domstoler. For å kunne være en pådriver for barns rettigheter i andre land, må man også være villige til å videreutvikle rettighetene i eget land og dermed også å anerkjenne at barnekonvensjonen kan spille en faktisk rolle i norsk rettsliv. For å kunne være en slik pådriver og å være med på å videreutvikle rettighetene burde det ikke være nok for Norge å oppfylle konvensjonens minimumsstandarder.

Som vist endret ikke inkorporeringen av barnekonvensjonen dens rettslige betydning på straffeprosessens område. Mye tyder likevel på at konvensjonens faktiske betydning har endret seg, eller i hvert fall vil endre seg, på grunn av inkorporeringen. Økt påberopelse av konvensjonen tilsier at man vil få avklart uklarheter i forholdet mellom straffeprosessloven og barnekonvensjonen, noe som igjen vil bidra til å utvikle barns

rettigheter både etter konvensjonen og straffeprosessloven. Denne utviklingen er i stor grad avhengig av at domstolene aktivt tar stilling til barns rettigheter etter barnekonvensjonen. Dersom domstolene kun ser på påberopelse av disse rettighetene som ”plagsomme ekstraanførsler” fra forswarets side, og unnlater å gå inn på en konkret vurdering av hva som ligger i barnekonvensjonens bestemmelser, vil man ikke få en slik utvikling av rettighetene.

I denne oppgaven har jeg forsøkt å vise at barnekonvensjonen til dels tilfører ytterligere begrensinger i vurderingen av om mindreårige kan varetektsfengsles, og om det kan brukes restriksjoner mot mindreårige i varetekt. Selv om kildene, etter mitt syn, åpner for at varetektsfengsling og bruk av restriksjoner må begrenses på bakgrunn av disse bestemmelsene i barnekonvensjonen, gjenstår det fortsatt at disse tolkningene av konvensjonen anerkjennes i praksis.

Litteraturliste

Andenæs, Johs. *Norsk straffeprosess. Bind II.* 3. utg. Oslo, 2000.

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter.* 1. utg. Bergen, 2004.

Bjerke, Hans Kristian. *Straffeprosessloven: lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker med senere endringer / med kommentarer av Hans Kristian Bjerke og Erik Keiserud.* Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud. 3. utg., Oslo, 2001.

Bjerke, Hans Kristian. *Straffeprosessuelle tvangs- og rettsmidler.* 2. utg. Oslo, 1986.

Bratholm, Anders. *Pågrepelse og varetektsfengsel.* 1. utg., Oslo, 1957.

Brosveet, Anders. *Det norske isolasjonssyndromet – hva bør gjøres?* Kritisk Juss 1999, s. 207.

Detrick, Sharon. *The United nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the "Travaux Préparatoires".* 1. utg., Dordrecht/Boston/London, 1992

Detrick, Sharon. *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child.* 1. utg., Haag/Boston/London, 1999.

Finstad, Liv. *Varetektsfanger forteller.* Liv Finstad, Anne Lise Gjetvik. 3. utg. Oslo, 1980.

Gamman, Tor. *Om bruk av varetektsfengsling.* Nordisk Tidsskrift for Kriminalvitenskap 2001, s. 42

Haugli, Trude. *Det mangfoldige barnets beste*. Bonus Pater Familias. Festskrift til Peter Lødrup. S. 315, 1. utg., Oslo, 2002.

Høigård, Cecilie. *Gategallerier*. 1.utg., Oslo, 2002.

Løvlie, Anders. *Beviskrav for bevistema med prediksjonselement*. Hittil upublisert studentavhandling.

Hov, Jo. *Rettergang II*, 1. utg., Oslo, 1999.

Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 1. utg. Oslo, 2003.

Høstmælingen, Njål. *Bruken av menneskerettslige kilder i KRL-dommen, Rt 2001 s. 1006*. Kritisk Juss 2001, s. 335.

Kilkelly, Ursula. *The impact of the convention on the case-law of the european court of human rights*. Revisiting Children's Rights. Edited by Deidre Fottrell.
1. utg., Haag, 2000, s. 88.

Mathiesen, Thomas. *Skjellig grunn til mistanke? En studie av forhørsretten*.
1. utg., Oslo, 1989.

Matningsdal, Magnus. *Inndragning*. 1. utg., Bergen, 1987.

Morgan, Rod. *Moderate Psychological Pressure – The Scandinavian Way?*
Kritisk Juss 1999, s. 201.

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. 1. utg., Oslo, 2002

Ofstad, Kari. *Barnevernloven med kommentarer*. Kari Ofstad, Randi Skar.
1. utg., Oslo, 1999.

Ruud, Morten. *Utvalgte emner i folkerett*. Morten Ruud, Geir Ulfstein og Ole Kristian Fauchald. 1. utg., Oslo, 1997.

Ruud, Morten. *Innføring i folkerett*. Morten Ruud, Geir Ulfstein. 2. utg., Oslo, 2002.

Sandberg, Kirsten. *Barnets beste. Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet*. 1. utg., Oslo, 1990.

Sandberg, Kirsten. *Inkorporeringen av FNs barnekonvensjon i norsk rett*. Kritisk Juss 2004, s. 316.

Skoghøy. *Høyesteretts bruk av menneskerettskonvensjonene som rettskilde før og etter menneskerettslovene*. Rettsteori og rettsliv. Festskrift til Carsten Smith. s. 733, 1. utg., Oslo, 2002.

Smith, Lucy. *Human rights for children*. Human rights and criminal justice for the downtrodden. Festskrift til Asbjørn Eide. S. 739. 1. utg., Leiden/Boston, 2003.

SOU 1997:116. *Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige*. 1. utg., Stockholm 1997.

Unicef. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. 1. utg., Geneve, 1998.

Van Bueren Geraldine. *The International Law on the Rights of the Child*. 1. utg., Dordrecht/Boston/London, 1995.

Van Bueren, Geraldine. *Childhood Abused. Protecting Children against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment and Punishment*. 1. utg., Aldershot, 1998.

Web-sider:

<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article416677.ece>

<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/article927615.ece>

<http://www.cpt.coe.int/documents/nor/1997-11-inf-eng.pdf>

<http://www.cpt.coe.int/documents/nor/2000-15-inf-eng.pdf>

<http://www.lovdata.no>

<http://www.odin.dep.no/jd/norsk/aktuelte/012101-210069/index-dok000-b-n-a.html>

<http://www.p4.no/txo/138166.asp>

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/doc/future.htm>

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/crc.htm>

<http://www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/treaties/status-crc.htm>

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp37.htm

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp47.htm

http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/h_comp48.htm

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.23.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.23.En?OpenDocument)

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.15.Add.126.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.15.Add.126.En?OpenDocument)

<http://www.vg.no/pub/vgart.hbs?artid=257360>

Konvensjoner

Convention on the Rights of the Child, (20.11.1989)

Norsk tittel: Konvensjon om barnets rettigheter (BK)

International Covenant on Civil and Political rights. (16.12.1966)

Norsk tittel: Internasjonal konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
(4.11.1950)

Norsk tittel: Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (EMK)

Vienna Convention on the Law of Treaties. (23.12.1969)

Norsk tittel: Wien-konvensjonen om traktatretten

Lovregister

- 1902 Almindelig borgelig Straffelov (straffeloven) 22. mai 1902 nr. 10.
- 1927 Lov om vergemål for umyndige (vergemålsloven) 22. april 1927 nr. 3.
- 1980 Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) 13. juni 1980 nr. 24.
- 1981 Lov om barn og foreldre (barneloven) 8. april 1981 nr. 7
Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) 22. mai 1985 nr. 25.
- 1987 Lov om endringer i straffeloven m.m. (heving av den kriminelle lavalder) 12. juni 1987 nr. 51.
- 1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) 24. juni 1988 nr. 64.
- 1991 Lov om ekteskap (ekteskapsloven) 4. juli 1991 nr. 47.
- 1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) 17. juli 1992 nr. 100.
- 1993 Lov om endringer i straffeprosessloven m.v. (to-instansbehandling, anke og juryordning) 11. juni 1993 nr. 80
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) 21. mai 1999 nr. 30.
Lov om endringer i straffeprosessloven og straffeloven m.v. (etterforskningsmetoder m.v.) 3. desember 1999 nr. 82
- 2001 Lov om gjennomføring av straff mv. (straffegjennomføringsloven) 18. mai 2001 nr. 21.
- 2002 Lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.) 28. juni 2002 nr. 55
- 2003 Lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.). 20. juni 2003 nr. 40
Lov om endringer i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov) 1. august 2003 nr. 86
Lov om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven) 5. desember 2003 nr. 100

Forarbeider

Forarbeidene er systematisert etter lovtilhørighet.

Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

- Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovskomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven) avgitt i juni 1969.
- Ot.prp.nr.35 (1978-1979) Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven)

Lov av 14. juni 1985 nr. 71 om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosesslov m.m.

- NOU 1980:28 Varetektsfengsling.
- Ot.prp.nr.53 (1983-1984) Om lov om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosessloven m.m.
- Innst.O.nr.72 (1984-1985). Innstilling frå justiskomiteen om ikraftsetting og endring av den nye straffeprosesslova m.m.

Lov av 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.

- Ot.prp.nr.44 (1991-1992) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven).

Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

- NOU 1993:18. Lovgivning om menneskerettigheter.
- Innst.O.nr.51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Lov av 11. juni 1999 nr. 39 om endringer i straffeloven og straffeprosessloven m.v. (inndragning av utbytte).

- NOU 1996:21 Mer effektiv inndragning av vinning.
- Ot.prp.nr.8 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv (inndragning av utbytte)

- Innst.O.nr.50 (1998-1999) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven m.v. (inndragning av utbytte).

Lov av 28. juni 2002 nr. 55 om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.).

- Ot.prp. nr. 66. (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (hurtigere straffesaksbehandling, varetektsfengsling i isolasjon mv.)

Lov av 21. mars 2003 nr. 18 om endringer i straffeprosessloven og politiloven m.m. (lovtiltak mot barne- og ungdomskriminalitet).

- Ot.prp.nr.106 (2001-2002) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven m.m. (lovtiltak mot barne- og ungdomskriminalitet)

Lov av 1. august 2003 nr. 86 om endringer i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov).

- Ot.prp. nr. 45. (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)
- Innst. O. nr 92. (2002-2003) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av Barnekonvensjonen i norsk lov)

Domsregister

Rt. 1992 s. 423
Rt. 1992 s. 1524
Rt. 1993 s. 128
Rt. 1993 s. 905
Rt. 1993 s. 1302
Rt. 1993 s. 1591
Rt. 1994 s. 610
Rt. 1994 s. 648
Rt. 1994 s. 937
Rt. 1994 s. 983
Rt. 1994 s. 1009
Rt. 1994 s. 1336
Rt. 1996 s. 439
Rt. 1996 s. 473
Rt. 1996 s. 983
Rt. 1996 s. 1089
Rt. 1997 s. 87
Rt. 1997 s. 98
Rt. 1997 s. 246
Rt. 1997 s. 1019
Rt. 1997 s. 1290
Rt. 1997 s. 1291
Rt. 1997 s. 1902
Rt. 1998 s. 1068
Rt. 1998 s. 1434
Rt. 1999 s. 297
Rt. 1999 s. 698
Rt. 1999 s. 790
Rt. 1999 s. 961
Rt. 1999 s. 1014
Rt. 1999 s. 1027

Rt. 1999 s. 1160
Rt. 1999 s. 1163
Rt. 1999 s. 2020
Rt. 1999 s. 2106
Rt. 2000 s. 343
Rt. 2000 s. 371
Rt. 2000 s. 522
Rt. 2000 s. 996
Rt. 2000 s. 1426
Rt. 2000 s. 1713
Rt. 2000 s. 1811
Rt. 2001 s. 280
Rt. 2001 s. 1006
Rt. 2002 s. 233
Rt. 2002 s. 557
Rt. 2003 s. 359
Rt. 2003 s. 1827
Rt. 2004 s. 545

Upubliserte høyesterettsdommer

HR-1999-00277
HR-2002-00102
HR-2004-01845-U

Dommer fra lagmannsretten

RG. 2003 s. 542
04-009980KST-ALAG
04-069622KST-BORG/04
04-074733KST-BORG-04

Dommer fra tingretten

04-009452ENE-KISA/28

04-055130ENE-OTIR/05

04-068701ENE-OTIR/09

Dommer fra EMD

1967 Hellas, 3321/67, 3322/67, 3323/67, 3344/67

1973 X mot Tyskland, Coll of. Dec. 44 (1973)

1978 Ireland vs. UK, A 25 (1978)

1982 X mot Danmark, DR 27 (1982)

1983 Kröcher og Møller, DR 34 (1983)

1985 R mot Danmark, DR 41 (1985)

2003 Khokhlich, 41707/98